

JURANDI BORGES PINHEIRO

**AS IMPOSIÇÕES TRIBUTÁRIAS SOBRE PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA NO
CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação
em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina
como requisito parcial para a obtenção do grau de
Mestre em Direito.

Professor Orientador: Doutor Ubaldo Cesar Balthazar

Florianópolis - 1999

FOLHA DE APROVAÇÃO

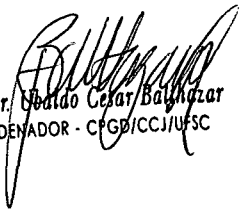
A dissertação de mestrado apresentada por **Jurandi Borges Pinheiro** ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, sob o título “**As imposições tributárias sobre preços de transferência no contexto da globalização econômica**”, defendida em 29.06.99, **foi aprovada** pela Banca Examinadora como adequada à obtenção do grau de Mestre em Direito.

BANCA EXAMINADORA


Doutor Ubaldo Cesar Balthazar (UFSC)
Presidente


Dr. Indio Jorge Zavarizi (UFSC)
Membro


Dr. Eduardo Marcial Ferreira Jardim (Universidade Mackenzie)
Membro


Prof. Dr. Ubaldo Cesar Balthazar
COORDENADOR - CPGD/CCJ/UFSC

*À Deyse Bianchini, dadivosa flor-acalanto,
diva cujo encanto polinizou de amor cada
linha deste trabalho.*

AGRADECIMENTOS

Nenhum trabalho alcança êxito sem motivação, incentivo, crítica, aconselhamento, colaboração e perseverança. Por isso, a minha sincera e sempiterna gratidão às seguintes pessoas:

À Professora Doutora Odete Maria de Oliveira, pela motivação advinda dos instigantes debates sobre globalização em seminário que acabou fecundando as primeiras sementes desta pesquisa.

Ao Professor Doutor Indio Jorge Zavarizi, igualmente, pela motivação decorrente dos estudos do direito econômico em frutíferas manhãs de quinta-feira ao longo de um ciclo letivo.

Ao Doutorando Welber Oliveira Barral, pelo incentivo na escolha do tema, aniquilando com incisivas razões as hesitações momentâneas sobrevindas de infundados temores.

Ao Doutorando Carlos Alberto da Costa Dias, pela ativa e construtiva crítica sobre alguns pontos da dissertação, indicando omissões cujo suprimento enriqueceu o trabalho.

Ao Professor Orientador, Doutor Ubaldo Cesar Balthazar, pelos fraternais aconselhamentos na condução da pesquisa, guia seguro na travessia das proeminentes cordilheiras do tema trabalhado.

À Gilvana Pires Fortkamp, Ivonete Silva de Almeida, Melissa Andrea Indalencio e Rosângela Alves, diligentes servidoras do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, pela colaboração sempre prestativa, primada pela galhardia que enobrece e cativa.

Aos meus pais, pelo legado da perseverança.

“Tributos são o que pagamos por uma sociedade civilizada.”

Justice Holmes (Suprema Corte dos EUA, 1927)

SUMÁRIO

| | |
|--|------|
| RESUMO | vii |
| ABSTRACT | viii |
| INTRODUÇÃO | 1 |
| 1 GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA E SOBERANIA FISCAL | 7 |
| 1.1 O Impacto da Globalização Econômica sobre o Direito Tributário | 10 |
| 1.2 O Poder das Corporações Transnacionais | 19 |
| 1.3 A Corrosão da Soberania Fiscal | 23 |
| 2 PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA NA EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL | 28 |
| 2.1 Retrospectiva | 30 |
| 2.2 O Princípio do Preço sem Interferência: Métodos e Críticas | 37 |
| 2.3 Mecanismos Alternativos | 49 |
| 3 PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA NO BRASIL E NO MERCOSUL | 53 |
| 3.1 Antecedentes no Brasil | 55 |
| 3.2 O Regime Tributário dos Preços de Transferência no Brasil | 58 |
| 3.3 Preços de Transferência nos demais Países do MERCOSUL | 75 |
| 4 PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA E GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA | 83 |
| 4.1 Estratégias de Elisão Fiscal das Corporações Transnacionais | 84 |
| 4.2 O Grau de Eficiência do Controle Normativo dos Preços de Transferência | 91 |
| 4.3 Perspectivas Factíveis | 97 |
| CONCLUSÕES | 105 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 110 |

RESUMO

Avaliou-se neste trabalho o grau de eficiência das normas tributárias sobre os preços praticados entre as diversas unidades das corporações transnacionais nas transferências de mercadorias, serviços e direitos (preços de transferência), em face da complexidade dessas operações e do poder político dessas corporações no contexto da globalização econômica. Como esses preços podem divergir dos preços de mercado em razão de planejamento fiscal das corporações transnacionais, superfaturando os custos de aquisição e subfaturando os preços de alienação nos países de alta tributação, e procedendo-se de modo inverso nos países de baixa tributação, os Estados nacionais têm procurado conter, através de instrumentos normativos, a elisão fiscal internacional por essa via. Para avaliar o grau de eficiência das referidas normas, partiu-se da hipótese de que a eficácia das imposições tributárias sobre preços de transferência encontra-se neutralizada pelas estratégias de elisão fiscal internacional adotadas pelas corporações transnacionais. Examinou-se, inicialmente, o impacto da globalização econômica sobre o direito tributário, o poder político das corporações transnacionais e a erosão da soberania fiscal dos Estados nacionais. Abordou-se também o tratamento dos preços de transferência no Brasil e no MERCOSUL, ressaltando a importância de uma harmonização fiscal da legislação tributária sobre esse tema. Constatou-se que as corporações transnacionais têm logrado se esquivar das imposições tributárias sobre os seus preços de transferência através da simbiose entre o comércio global e o livre fluxo de capital, da intercalação de unidades produtivas em paraísos fiscais e da emulação fiscal entre os Estados nacionais. Verificou-se que as adaptações legislativas que têm sido sinalizadas sobre o controle dos preços de transferência diante dos desafios do mercado global não vão além da reformulação de velhos princípios da tributação. Concluiu-se que as imposições tributárias sobre preços de transferências, nos moldes clássicos em que concebidas, encontram-se neutralizadas pela complexidade das operações financeiras realizadas no contexto da globalização econômica, bem assim pelo poder político das corporações transnacionais, representado pela capacidade de influir na moldura normativa dos Estados nacionais. Identificou-se, finalmente, como perspectiva factível nesse campo, a tendência a um direito tributário de feição contratual.

ABSTRACT

It was evaluated in this research the degree of efficiency of tax rules on payments from one part of a transnational corporation for goods, services or rights provided by another (transfer pricing) considering the complexity of these operations and the political influence held by these corporations in the global economy context. As these prices may diverge from market prices due to tax planning of transnational corporations, overvaluing acquisition costs and undervaluing transfer prices in high-taxes countries and doing the opposite in low-taxes ones, states have been trying to restrain, through rules, international tax avoidance through this way. To evaluate the degree of efficiency of those tax rules, it was started from the hypothesis that the effectiveness of such rules is neutralized by tax avoidance strategies adopted by transnational corporations. It was evaluated, at first, the impact of global economy on the tax law, the political influence of transnational corporations and the erosion of states tax sovereignty. It was also taken in consideration in this work the attention given to transfer pricing in Brazil and MERCOSUL, outlining the importance of tax harmonization on this issue. It was found that transnational corporations have been avoid tax impositions on their transfer prices through the symbiosis among the global commerce and the free capital flow, the interpolation of productive units in tax havens and harmful tax competition among national states. It was verified that rules updating which have been pointed to track transfer prices in the face of the global trading challenge do not go beyond the reformulation of old tax principles. It was concluded that tax impositions on transfer pricing, in classic models, are neutralized by the complexity of financial transactions in the context of the global economy, as well as by the political influence of transnational corporations, represented by their capability to sway in the normative moulds of national states. Finally, it was identified in this work, as a feasible alternative in this field, a tendency to a taxation as a contractual relation.

1 INTRODUÇÃO

Delimita o campo temático deste trabalho a avaliação do grau de eficiência das normas tributárias sobre preços de transferência à luz do intrincado plexo de operações das corporações transnacionais e do poder político dessas corporações no contexto da globalização econômica.

Ao trazer a lume o resultado da pesquisa empreendida, vem a ele jungido o dever científico de estabelecer o conceito operacional de *norma tributária*, *preço de transferência*, *corporação transnacional*, *poder político* e *globalização econômica*, antes que o precavido leitor, atemorizado pela trepidante ressonância do primeiro parágrafo, permute prematuramente a leitura do texto por cousas mais palatáveis como estes versos de Cruz e Souza:¹

Vem comigo por estas cordilheiras!
Põe teu manto e bordão e vem comigo,
Atravessa as montanhas sobranceiras
E nada temas do mortal Perigo!

O direito tributário, compreendido como o conjunto de regras e princípios que regem a exigência, pelo Estado, de prestações em dinheiro para a composição dos recursos necessários à consecução dos seus fins, congloba três espécies de normas: as que descrevem, hipoteticamente, os fatos cuja ocorrência fará nascer a obrigação tributária; as que veiculam os chamados deveres instrumentais, assim denominadas as obrigações subjacentes à obrigação tributária principal e destinadas a facilitar a aferição, pelo fisco, da ocorrência do fato imponible; e as que municiam a administração tributária com mecanismos de identificação de fatos passíveis de tributação.

A expressão *norma tributária sobre preços de transferência* utilizada neste trabalho refere-se a essa terceira espécie de normas, editadas como instrumento de controle dos preços de transferência, de modo a coibir a ocorrência de *elisão fiscal*, aqui conceituada

¹ SOUZA, Cruz e. *Poesias completas*. 8. ed.. Rio de Janeiro: Ediouro, 1998, p. 114.

como a obstrução, pelo contribuinte, do nascimento da obrigação tributária através de atos lícitos tendentes a evitar a configuração do fato imponible, em contraposição ao conceito de *evasão fiscal*, entendida esta como a fuga da obrigação tributária através de atos ilícitos.

A expressão *preço de transferência* refere-se ao preço praticado nas operações internacionais (venda ou cessão de bens, prestação de serviços, empréstimos, adiantamentos, seguros, transferência e uso de tecnologias etc.) entre *empresas coligadas*, assim denominadas as empresas que participam, direta ou indiretamente, da administração ou do capital de outra empresa localizada em país diverso, como ocorre, por exemplo, entre as diversas unidades das *corporações transnacionais*. Como tais preços não são livremente negociados, podem eventualmente divergir do preço que seria fixado se a operação fosse realizada entre empresas não coligadas agindo sob os influxos do livre mercado (*preço sem interferência*).

O preço de transferência, nos moldes aqui definido, situa-se no campo da economia, na medida em que relacionado à vida econômica empresarial (maximização de lucros, estratégias de competição, *marketing* e aspectos operacionais). Ganha, contudo, roupagem jurídica quando regulado pelo direito. Neste trabalho, o preço de transferência é estudado sob a perspectiva da tributação, situando-se o tema, portanto, no campo do direito tributário internacional.

Preferiu-se, neste trabalho, a expressão *corporação transnacional* a “empresa multinacional” pelas seguintes razões: a) as empresas multinacionais movimentavam-se no mercado internacional em busca de vantagens comparativas como, entre outras, matéria-prima abundante, salários mais baixos, aproximação com o mercado consumidor e incentivos fiscais, mas continuavam umbilicalmente ligadas ao seu Estado nacional, o qual lhes assegurava nutrição bastante, em forma de apoio financeiro e político, para sua multinacionalização; b) em decorrência das inovações tecnológicas deste fim de século, a multinacionalização das empresas passou a dar lugar a um processo de transnacionalização, com as seguintes características: i) mundialização de estilos, usos e costumes através da uniformização de produtos e massificação cultural; ii) capacidade de movimentação instantânea e planetária de elevadas somas de investimento; iii) concentração empresarial através de fusões, alianças e redes em escala global, resultando desse processo um *poder político* transnacional, representado pela capacidade de imprimir

profundas modificações nas estruturas político-administrativas dos Estados nacionais. As eventuais referências, no corpo da dissertação, a “empresas multinacionais” foram feitas apenas por fidelidade à terminologia alheia.

Contextualiza-se, nesse quadro, o conceito de *globalização econômica* como um processo em marcha de desenvolvimento de forças econômicas em um nível planetário, tendo por espelho a ideologia do mercado livre e caracterizado pela prodigiosa mobilidade dos meios de produção e distribuição de bens e serviços e por um incomensurável volume de capital financeiro movimentado diariamente sem qualquer controle estatal.

Quando as corporações transnacionais escolhem, entre os diversos ordenamentos jurídicos, o sistema tributário mais favorável, ali localizando o fato tributável de modo a atrair a incidência da respectiva legislação, tem-se nessa espécie de planejamento fiscal (*tax planning*) a figura da elisão fiscal internacional, a qual pode manifestar-se, entre outras formas, através da transferência indireta de lucros entre empresas coligadas, com a concentração da maior parte dos lucros do grupo nas unidades localizadas nos países de tributação mais favorecida.

Essa transferência indireta de lucros é feita através da manipulação dos preços de transferência, superfaturando os custos de aquisição e subfaturando os preços de alienação nos territórios de alta tributação, e procedendo-se de modo inverso nos países de baixa tributação. Pressupõe a manipulação, assim, uma divergência entre o preço efetivamente estipulado e o preço que seria fixado se a transação fosse realizada entre empresas independentes atuando em situações análogas.

Como, na elisão fiscal, o contribuinte evita, através de atos lícitos, a ocorrência de fatos impositivos, o Estado, para que não veja reduzidas as suas receitas tributárias em decorrência de estratégias fiscais lícitas, deve, antes, através de mecanismos legais, procurar comprimir o espectro de opções estratégicas direcionadas à elisão fiscal.

No caso da elisão fiscal internacional através da manipulação dos preços de transferência pelas corporações transnacionais, têm os Estados nacionais lançado mão de mecanismos normativos de controle dos preços praticados com a finalidade de suprimir ou atenuar a erosão de suas receitas tributárias em razão dessa prática.

Há, contudo, um aceso debate acerca da eficiência desses mecanismos de controle. De um lado, a convicção de que a adoção de padrões normativos de controle dos preços de transferência, inspirados no princípio do preço sem interferência (*arm's length price*), é a solução adequada para o problema da elisão fiscal internacional por essa via. De outro parte, os argumentos no sentido de que as diretrizes normativas sobre a matéria carregam consigo inaceitáveis distorções, advindas da impossibilidade de estabelecer critérios seguros para a aplicação do aludido princípio, resultando disso a potencial incidência de tributos sobre fatos fictícios.

Examinou-se, neste trabalho, tanto a tese da eficiência dos mecanismos de controle, quanto a antítese da deficiência das respectivas normas, sem nele expressar, todavia, de antemão, por dever de neutralidade, predileção por qualquer delas. Para avaliar o grau de eficiência dos padrões normativos adotados, partiu-se, na investigação do tema, da hipótese de que a eficácia das normas tributárias sobre preços de transferência encontra-se neutralizada por novas estratégias de elisão fiscal viabilizadas pela globalização das relações econômicas.

A dissertação aborda o tema em quatro capítulos. O primeiro capítulo, dedicado aos efeitos da globalização econômica sobre a soberania fiscal, está dividido em três partes. Na primeira parte, procurou-se demonstrar que, em decorrência da financeirização global, o direito tributário está sendo gradativamente suplantado por um sistema em tudo semelhante às iniquidades da tributação feudal; na segunda parte, é feita uma abordagem do poder das corporações transnacionais a partir de suas estratégias de deslocamento, através da financeirização, do lado real da economia para o espaço onde as riquezas transitam sem as interferências do poder fiscal; por fim, na terceira parte, procurou-se responder até que ponto a perda da soberania fiscal dos Estados nacionais pode ser considerada como uma consequência da globalização econômica.

O segundo capítulo versa sobre os preços de transferência na experiência internacional e divide-se, de igual modo, em três partes. Na primeira parte, é feita uma retrospectiva dos preços de transferência sob a perspectiva de suas consequências no campo da tributação; na segunda parte, é feita uma exposição sobre o princípio do preço sem interferência (*arm's length price*) e dos métodos de sua aferição, seguida dos argumentos dardejados contra si; finalmente, na terceira parte, são apresentadas três

alternativas que vêm sendo adotadas para um controle mais acurado dos preços de transferência.

O terceiro capítulo cuida dos preços de transferência no Brasil e no MERCOSUL. Também está dividido em três partes. Na primeira parte, situa-se o tema sob a ótica do tratamento legislativo dos preços de transferência no Brasil antes do advento da legislação específica sobre a matéria. Na segunda parte, são examinados métodos de controle dos preços de transferência previstos na legislação brasileira específica e as questões por ela suscitadas. Por fim,, na terceira parte, avança-se sobre a descrição de alguns aspectos do tratamento jurídico do tema pelos demais países do MERCOSUL.

No quarto e último capítulo é retomada a discussão em torno dos efeitos da globalização econômica sobre o direito tributário, agora especificamente em relação às normas tributárias sobre preços de transferência. O capítulo, igualmente dividido em três partes, aponta, na primeira parte, as novas estratégias de elisão fiscal adotadas pelas corporações transnacionais no contexto da globalização econômica. Na segunda parte, *punctum saliens* do tema estudado, é avaliada a eficiência dos atuais modelos normativos de controle dos preços de transferência sob o prisma das injunções estratégicas das corporações transnacionais; finalmente, na terceira e última parte, procurou-se aquilatar as perspectivas factíveis nesse campo, identificando, no fecho do trabalho, a tendência a um direito tributário de feição contratual.

O procedimento metodológico utilizado neste estudo orientou-se, a partir da leitura indutiva de fontes bibliográficas e documentais, pelo emprego concomitante dos métodos histórico, comparativo e funcionalista. O histórico, no olhar retrospectivo em busca de dados para o traçado da evolução do tema desde o mais remoto registro de suas implicações na órbita tributária. O comparativo, como instrumento de conhecimento dos diferentes sistemas normativos de controle dos preços de transferência; por fim, utilizou-se, igualmente, o método funcionalista, focalizando o tema sob o ângulo de sua interação com a complexidade das relações econômicas globalizadas.

Trabalhou-se, nesta pesquisa, em torno de um tema substancialmente espinhoso, sobretudo porque permeado de tecnicismo e de proposições científicas ainda em

refinamento. Contudo, perfilhando RÁO², não se pensou em afastar, na elaboração deste trabalho, a obsessão de ser claro, muito embora com a advertência de que a clareza tem o defeito de fazer parecer superficial. Não se inferiu desse aviso, todavia, a conveniência de ser obscuro, para parecer mais profundo.

² RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 24.

2 GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA E SOBERANIA FISCAL

Dos traços característicos do atual processo de globalização¹, sobressai como fio condutor das transformações em marcha o desenvolvimento de forças econômicas em um nível planetário, seguindo a orientação da ideologia do mercado livre e caracterizadas pela grande mobilidade dos meios de produção e por um grande volume de capital financeiro movimentado diariamente sem qualquer controle por parte dos Estados nacionais.

Segundo CHOMSKY, um dos fatores da atual catástrofe do capitalismo, e que tem deixado um terço da população mundial virtualmente sem meios de subsistência, é a grande explosão do capital financeiro não regulado desde que o sistema de *Bretton Woods* foi desmantelado.² A constituição desse capital também mudou radicalmente. Antes do

¹ A globalização é um processo em marcha em que se entrelaçam elementos econômicos (nova divisão internacional do trabalho), sócio-políticos (erosão da soberania estatal e emergência de classe uma capitalista transnacional) e aspectos culturais (incorporação de certos valores como valores culturais globais), tornando cada vez mais difícil, conforme UPRIMNY, estabelecer a distinção entre o cultural, o econômico e o político, como o mostra a ideologia consumista, que é uma valor cultural globalizado, atuando como elemento econômico dinamizador dos processos de acumulação transnacionais e afetando profundamente a dinâmica política, visto que muitas disputas políticas estão centradas no acesso ao consumo de certos bens por diversos grupos sociais (UPRIMNY, Rodrigo. *Comentários a la ponencia del profesor Boaventura de Souza Santos. In: El nuevo orden global: dimensiones y perspectivas*. Bogotá: Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional De Colombia, p. 242). Bem por isso sustenta STRANGE que a globalização não passa de palavra vaga e imprecisa utilizada pela comunidade acadêmica para encobrir sua incapacidade de explicar as transformações mundiais, “a term which can refer to anything from the Internet to a hamburger” (STRANGE, apud FIORI, José Luís. *Globalização, hegemonia e império*. In: TAVARES, Maria da Conceição & FIORI, José Luís (org.). *Poder e dinheiro: uma economia política da globalização*, Petrópolis: Vozes, 1997, p. 88).

² Em 1944, as potências vencedoras da Segunda Guerra Mundial reuniram-se em Bretton Woods, no Estado americano de Wisconsin, resultando dessa conferência a assinatura de um acordo sobre a ordem financeira internacional, destruída pela altíssima especulação financeira entre 1925 e 1928, proporcionada pelas oportunidades de ganhos de capital oferecidas pelos países de moedas estabilizadas e pela expansão do crédito nos Estados Unidos, ao lado de uma rápida valorização das ações da bolsa de valores americana. Os Estados Unidos, preocupados com a febre dos mercados financeiros, elevou, em 1928, a sua taxa de desconto, provocando, em outubro de 1929, no dizer de BELUZZO, o “estouro” da bolha especulativa (BELUZZO, Luiz Gonzaga. *Dinheiro e as transfigurações da Riqueza*. In: TAVARES, Maria da Conceição & FIORI, José Luís. *Op. cit.*, p. 167). Esse “estouro” acabou redundando em sucessivas crises bancárias e na ruptura do comércio internacional e do sistema de pagamentos, situação que perdurou até o início da Segunda Guerra. Pelo acordo firmado, as moedas dos países participantes passariam a ter uma paridade fixa em relação ao dólar, cabendo ao Banco Central americano a garantia da conversão das reservas em ouro e ao FMI e ao Banco Mundial, instituições multilaterais criadas em Bretton Woods, o papel de regulação e de abastecimento da liquidez internacional, com teto para as taxas de juros na captação de recursos e nos empréstimos bancários. Os agentes financeiros, entretanto, viram nesse controle um óbice indesejável à ideologia do livre mercado, de modo que em 1956 já havia sinais de desregulamentação no sistema financeiro americano, ocorrendo naquele ano a primeira mudança nesse sentido com a *Holding Company Act*,

desmantelamento do sistema de *Bretton Woods*, cerca de 90% do capital movimentado internacionalmente era para investimento e comércio e 10% para especulação. Em 1990 esses números se inverteram, estimando a UNCTAD que 95% desse capital é atualmente utilizado para especulação, estando o mundo, assim, sendo movido “... por uma política deliberada de Estado e corporações, com setores de grande riqueza, uma grande massa de miséria e uma grande população supérflua, desprovida de todo direito porque não contribuem em nada para a geração de lucros, o único valor humano.”³

Ao lado dessa globalização financeira, pela primeira vez na história do homem, qualquer coisa pode ser produzida em qualquer parte e vendida em todas as partes, o que significa fabricar cada componente e realizar cada atividade no lugar do globo onde pode ser feito mais barato e vender os produtos ou serviços resultantes onde os preços e benefícios sejam mais altos, com minimização de custos e maximização de receitas, criando, assim, uma desconexão entre as políticas nacionais de controle dos fatos econômicos e as forças econômicas internacionais a serem controladas. Em lugar de um mundo onde as instituições nacionais guiam as forças econômicas, um economia global dá à luz um mundo em que as forças transnacionais ditam as políticas econômicas nacionais.⁴

pelo qual as *holdings* de bancos – *bank holding companies* – podiam oferecer serviços financeiros que estavam vedados aos bancos. Em 1961, foram lançados os certificados de depósito negociáveis (CD) pelo City Bank, com o pagamento de taxas de juros livres de tetos e garantia de liquidez ao título, dada a sua negociabilidade no mercado secundário. No início dos anos 70, nasceram os fundos mútuos, com a reunião de poupadores com menos de mil dólares para compor volumes de recursos que permitissem a rentabilidade dos mercados financeiros. Em resposta a esses fundos mútuos, os bancos comerciais começaram a diversificar as suas formas de captação, como a do banco de investimento Merrill, combinando a elevada rentabilidade dos fundos mútuos com linhas de crédito e cartão de crédito. No final dos anos 70, foram introduzidas as *Automated Teller Machine (ATM)*, operando 24 horas por dia e predecessoras dos atuais *home banking*. A partir de 1970, os EUA, a Alemanha, o Canadá e a Suíça abandonaram o controle dos fluxos de capital, passando o valor das moedas, então, a ser fixado pelos especuladores do mercado financeiro global. (cf. CINTRA, *apud* BRAGA, José Carlos. Financeirização global. In: TAVARES, Maria da Conceição & FIORI, José Luís. *Op. cit.*, p. 203).

³ CHOMSKY, Noam & DIETERICH, Heinz. *Democracia y mercados en el nuevo orden mundial*. In: RAMOS, César (coord.). *La sociedad global: educación, mercado y democracia*. México, DF: Planeta, 1995, p. 41, tradução livre. Texto no original: “... por una política deliberada de Estado y las corporaciones, con sectores de gran riqueza, una gran masa de miseria y una gran población superflua, desprovista de todo derecho porque no contribuye en nada a la generación de ganancias, el único valor humano.”

⁴ THUROW, Lester C. *El futuro del capitalismo*. Barcelona: Ariel, 1996, p. 130.

O objeto deste capítulo consiste no exame dos efeitos dessa nova ordem econômica sobre os postulados do direito tributário no Estado moderno. O capítulo está dividido em três partes. Na primeira parte, procurar-se-á demonstrar que, em decorrência da financeirização global, o direito tributário, aqui entendido como o conjunto de regras e princípios colmatados sob a égide do Estado de Direito, está sendo gradativamente suplantado por um sistema em tudo semelhante às iniquidades da tributação feudal, as quais, paradoxalmente, serviram de combustível para a implosão do feudalismo. Na segunda parte, será feita uma abordagem do poder das corporações transnacionais a partir de suas estratégias de deslocamento, através da financeirização, do lado real da economia para o espaço onde as riquezas transitam sem as interferências do poder fiscal. Por fim, na terceira e última parte, procurar-se-á responder até que ponto a perda da soberania fiscal dos Estados nacionais pode ser considerada como uma consequência da globalização econômica.

1.1 O Impacto da Globalização Econômica sobre o Direito Tributário

Relata o Homem dos Quarenta Escudos, personagem da pena mordaz de VOLTAIRE, que por ocasião da última guerra, um dos meirinhos dos ministros das finanças foram até à sua casa pedir pela sua quota parte de três sesteiros de trigo e um saco de favas, num total de vinte escudos, para sustentar a guerra que faziam e cuja razão nunca soubera, tendo apenas ouvido dizer que, na tal guerra, nada havia a ganhar para o país. Como não tinha nem trigo, nem favas, nem dinheiro, foi posto na cadeia e fizeram a guerra como foi possível. Ao sair da prisão, e não tendo mais que a pele em cima dos ossos, encontrou um homem rechonchudo e corado, numa carruagem de seis cavalos, com lacaios e mordomos, o qual outrora não tinha quase nada e hoje confessou ter quatrocentas mil libras de renda, estabelecendo-se entre ambos o seguinte diálogo:

“ — Pagas então duzentas mil libras ao Estado — lhe disse eu, — para auxiliar a vantajosa guerra que sustentamos; pois eu, que tenho exatamente as minhas cento e vinte libras, devo pagar a metade delas.

“ — Eu? Contribuir para as necessidades do Estado! — exclamou ele. — Estás brincando, meu amigo: herdei de um tio que ganhara oito milhões em Cádiz e Surata; não possuo uma polegada de terra; todos os meus haveres consistem em contratos, em títulos; nada devo ao Estado: é a ti que compete entregar metade da tua subsistência, pois és um proprietário rural. Não compreendes que, se o ministro das finanças exigisse de mim algum auxílio para a pátria, não passaria de um imbecil incapaz de calcular? Pois tudo vem da terra; o dinheiro e os títulos não são mais que símbolos: em vez de arriscar no faraó cem sesteiros de trigo, cem bois, mil carneiros e duzentos sacos de aveia, jogo rolos de ouro que representam esses gêneros. (...) Paga, pois, meu amigo, tu que desfrutas em paz de uma renda segura e líquida de quarenta escudos; serve bem à tua pátria, e vem algumas vezes jantar com os meus lacaios. ”⁵

⁵ VOLTAIRE. *Contos e novelas*. Tradução de Mário Quintana. [Rio de Janeiro]: Tecnoprint, [19--] p. 251. Segundo o prefácio de Sérgio Milliet, o livro “O Homem dos Quarenta Escudos” foi condenado a 24 de setembro de 1768 pelo Parlamento de Paris e a 29 de novembro de 1771 pelo Papa.

Eis aqui um retrato irônico da tributação feudal. Distingue-se claramente no diálogo transcrito, de um lado, uma economia real, representada pela setor produtivo, e, de outro lado, uma economia virtual, consubstanciada na especulação e na obtenção de elevados lucros não sujeitos à tributação.

Mas qual a relação entre esse remoto momento histórico e o impacto da globalização econômica sobre o direito tributário. Explica-se:

- a) foi, sobretudo, em razão das iniquidades do regime tributário daquela época que o Estado moderno começou a se moldar, exurgindo então a noção de Estado de Direito e de Estado Fiscal, com um novo enfoque sobre o fenômeno da tributação;
- b) ao contemplar as efervescências econômicas deste conturbado fim-de-século, o observador tenaz terá a oportunidade de constatar que a realidade hoje transpassada pelos influxos da globalização econômica reflete com limpidez o mesmo quadrante histórico em que vivenciado o relato do Homem dos Quarenta Escudos. É que com a globalização econômica, a economia passou a ostentar, e a cada dia com mais nitidez, de um lado, uma face real, ainda sob o controle dos Estados nacionais e chamada a contribuir, através dos tributos, para o abastecimento dos cofres públicos; e, de outro lado, uma face virtual, inteiramente globalizada, fora do controle estatal e, conseqüentemente, do alcance das leis tributárias.

Esses dois pontos serão examinados nos parágrafos seguintes, de modo a demonstrar, neste primeiro tópico do capítulo em elaboração, o impacto da globalização econômica sobre o direito tributário.

Em 1776, Turgot, ministro das Finanças francesas, propôs a extinção de alguns privilégios fiscais. Os privilegiados, contudo, cerraram fileiras em torno do Parlamento de Paris, o qual, após considerar que todo sistema que, sob a aparência de humanitário e beneficente, tenda a estabelecer igualdade de deveres e destruir as distinções necessárias, acabará provocando a derrubada da sociedade civil, deixou claramente definido que *“O serviço pessoal do clero é atender às funções relacionadas à instrução e o culto. Os nobres consagram seu sangue à defesa do Estado e ajudam o soberano com os seus conselhos. A classe*

*mais baixa da nação, que não pode prestar ao rei serviços tão destacados, contribui com seus tributos, sua indústria e seu serviço corporal.”*⁶

E foi em nome dessa igualdade de deveres que eclodiu na França a revolução que enterrou de vez o velho sistema feudal, emergindo em seu lugar o Estado de Direito, entendido por KANT como a reunião dos homens sob o império das leis, caracterizado, portando, pela prevalência da legalidade como instrumento de garantia dos direitos fundamentais, especialmente a liberdade e a igualdade.

Nasce aqui, então, a idéia de Estado Fiscal. Assinala TORRES que do ponto de vista histórico, o Estado Fiscal coincide com o Estado de Direito, sendo inútil procurá-lo antes da modernidade, pois só o Estado que cultiva a igualdade e a legalidade, no qual o poder tributário já nasce limitado pela liberdade, é que se pode classificar como Estado Fiscal.⁷

O Estado de Direito, ao longo de sua história, ostenta duas feições bem conhecidas:

- a) Estado de Direito liberal, onde apregoado que a intervenção do Estado na vida privada deve se limitar à garantia da liberdade e do livre mercado. O Estado Fiscal caracteriza-se aqui como um Estado mínimo, limitado a recolher apenas os tributos necessários à garantia das liberdades individuais. São essas, em linhas gerais, as idéias do liberalismo;⁸

⁶ HAZEN, *apud* HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Tradução de Waltensir Dutra. 21. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1986, p. 145. O dinheiro arrecadado pelos pesados impostos sobre os pobres era gasto em extravagâncias e corruptamente, citando HUBERMANN, como exemplo, o *Livre Rouge*, um Livro Vermelho contendo a lista de todas as pessoas a quem o governo dava pensões. Entre elas estava o nome de Ducrest, um barbeiro, com direito a uma pensão de 1.700 libras anuais por ter sido o cabeleireiro da filha do conde d'Artois. O fato de essa filha Ter morrido cedo, antes de Ter cabelos para pentear, não tinha nenhuma importância (*op. cit.*, p. 146).

⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito tributário brasileiro: sistemas constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 63.

⁸ SMITH, um dos principais representantes da escola clássica do *laissez-faire*, procurou demonstrar em *A Riqueza das Nações* (1776), o primeiro grande manifesto do liberalismo econômico, que o bem-estar econômico deve ser alcançado não através da regulação do mercado mundial, e sim libertando-o completamente de restrições e controles. Foi PAINE, contudo, com a publicação do seu *Senso Comum* (também em 1776), quem mais exerceu influência na expansão das idéias liberais a partir do seu engajamento nos aspectos ideológicos da Revolução Americana. A doutrina central do liberalismo de PAINE, sintetizadas por WATKINS & KRAMNICK, é a crença nas possibilidades da ação social espontânea e da correspondente minimização da necessidade do governo, sendo o governo um recurso necessário apenas para salvaguardar a pessoa e a propriedade dos homens livres. Em resumo, PAINE acreditava que o governo é um mal necessário (WATKINS, Frederick M. & KRAMNICK, Isaac. *A idade da ideologia*. Tradução de Rosa Maria e José Viegas. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 15-16). Mas a maior reação teórica e política ao

- b) O Estado de Direito Social ou Estado de Bem-Estar Social, o qual não se limita a proteger as liberdades individuais, como também a entregar prestações positivas com inspiração nos ideais de justiça social. A tributação, aqui, exerce um papel fundamental, visto que o Estado Social, além de assegurar as liberdades individuais, procura também a promoção do bem estar social através de políticas redistributivas, respeitando a capacidade contributiva dos cidadãos.

Lembra TORRES que o Estado Social é impensável sem a dimensão fiscal, pois é um Estado que assegura as liberdades individuais frente à tributação, mas que também redistribui as receitas entre os diversos órgãos públicos, promove o desenvolvimento econômico e respeita a capacidade contributiva dos cidadãos, sendo que é dessa identidade entre Estado Social e Estado Fiscal que se projeta princípio constitucional do Estado Fiscal, o qual, *“possuindo a generalidade do princípio da igualdade, vai informar a elaboração do direito tributário positivo e a sua interpretação.”*⁹

Assim é que o princípio da igualdade na imposição tributária tem sido acolhido pelos sistemas tributários dos Estados modernos, seja no próprio texto de suas constituições, seja na legislação infraconstitucional.

Mas como anda essa igualdade tão cara aos sistemas tributários modernos diante dos influxos da globalização econômica, ou, em outros termos, quais são as conseqüências da globalização econômica sobre o princípio da igualdade tributária, do qual irradiam todos os demais princípios e regras da tributação?

Essas conseqüências podem ser visualizadas em dois planos. Num primeiro plano, de boa visibilidade, estão as implicações da globalização econômica sobre a dimensão

Estado de bem-estar social começou a se construir na Europa após a Segunda Grande Guerra Mundial, sob a liderança de HAYEK, três anos depois da publicação de sua principal obra, *“O caminho da servidão”*. Segundo ANDERSON, HAYEK convocou os expoentes da época que compartilhavam de suas idéias para uma reunião na pequena estação de Mont Pélerin, na Suíça. Reuniram-se ali, então, um seleto grupo integrado por Milton Friedman, Karl Popper, Lionel Robbins, Ludwig Von Mises, Walter Eupken, Walter Lipman, Michael Polanyi, Salvador de Mandariaga, entre outros, ali fundando a Sociedade de Mont Pelérin, uma espécie de franco-maçonaria neoliberal, altamente dedicada e organizada, com reuniões internacionais a cada dois anos, tendo como propósito o combate ao solidarismo reinante e o preparo de um outro tipo de capitalismo, duro e livre de regras (cf. ANDERSON, Perry. *Balanço do Neoliberalismo*. In: SADER, Emir & GENTIL, Pablo (org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. 3. ed. [s.l.]: Paz e Terra, p. 10).

⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.* p. 80.

quantitativa das receitas tributárias, considerando-se, desse ângulo, a face real da economia. Num segundo plano, de visibilidade menos límpida, situam-se os efeitos da globalização econômica sobre a elisão fiscal internacional,¹⁰ levando-se em conta, aqui, o deslocamento dos fatos econômicos do lado real da economia para o lado virtual da relações econômicas, visando impedir a ocorrência de fatos tipificadores de obrigação tributária.

Do lado da economia real, enquanto as receitas tributárias se concentram nos tributos sobre mercadorias e nos impostos sobre a renda, tendo como base tributária a remuneração dos trabalhadores e os lucros declarados das empresas nacionais, as guerras fiscais, assim chamadas as renúncias fiscais em favor das corporações transnacionais, condição por elas impostas para a instalação de unidades produtivas no território de cada país, despontam-se como a mais visível manifestação do poder econômico sobre o poder fiscal, visto que as isenções concedidas não se respaldam, na maioria das vezes, em critérios objetivos que as justifiquem.

Quando as exigências não são atendidas, ou há uma elevação da carga tributária, as corporações transnacionais simplesmente mudam de país, pouco importando os milhares de desempregados que ficarão para trás. E a mudança pode às vezes ser motivada não apenas pelo próprios tributos tidos por elevados, embora igualmente suportados pelas empresas nacionais. Pode também resultar da alta tributação sobre os salários, dificultando a contratação de empregados qualificados, como ocorreu com diversas corporações estabelecidas na Suécia, entre elas a Ericson, uma gigante das telecomunicações, que ameaçou mudar para outro país em razão dos elevados tributos sobre a remuneração dos seus empregados.¹¹

¹⁰ É de se esclarecer aqui, com suporte em XAVIER, na mesma linha já sinalizada na introdução deste trabalho, que *"A expressão elisão fiscal inatencional (tax avoidance), não pode ser assimilada ao conceito de evasão fiscal (tax evasion), pois não está em causa, necessariamente, um ato ilícito pelo qual o contribuinte viola sua obrigação tributária (conexa com mais do que uma ordem jurídica), prestando falsas declarações ou recusando-se ao seu cumprimento, mas sim a prática de atos (em princípio lícitos), praticados âmbito da esfera de liberdade de organização mais racional dos interesses do contribuinte"* (XAVIER, Alberto. *Direito tributário intencional do Brasil: tributação das operações internacionais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 233).

¹¹ *DESAPPEARING taxes: the tap runs dry*. In: *The Economist*, 31.05.97. <http://www.economist.com/>, artigo não subscrito elaborado com suporte em TANZI, *"Globalization, tax competition and the future of tax*

Do lado virtual da economia, caracterizado pela crescente especulação financeira por parte das corporações transnacionais, estas, em interação com o lado real das relações econômicas, operam numa zona cinzenta do direito tributário onde a tributação pode ser facilmente reduzida ao mínimo ou mesmo suprimida, visto que a renda obtida, muitas vezes, não é suscetível de ser medida nem tributada nacionalmente de forma progressiva, de tal modo que a riqueza que aqui vai se formando acaba ficando fora do campo da tributação, acarretando, com isso, uma clara vulneração ao princípio da igualdade.

É também nessa zona cinzenta do direito tributário que é utilizado, pelas corporações transnacionais, o método mais simples de otimização da carga tributária, tirando proveito dos diversos sistemas tributários nacionais. Trata-se da manipulação dos preços de transferências entre empresas afiliadas (*transfer pricing*), tema objeto desta dissertação e que será detidamente examinado nos capítulos seguintes.¹²

Nesse lado da economia, em contraste com o lado real, não adianta bramar os rigores da lei contra crimes fiscais, pois conforme a incisiva observação de MARTIN & SCHUMANN “*somente pessoas físicas mal informadas ou gerentes particularmente ousados se servem de métodos ilegais para a sonegação de fortunas em rendimentos de aplicações. Bancos e corretoras bem geridos não precisam disso. Sem infringir a lei, manobram para baixo à vontade na selva financeira transnacional, abatendo os lucros tributáveis até como se tivessem lucrado menos de 10%.*”¹³

As implicações recíprocas entre essas duas faces da vida econômica acaba repercutindo na moldura dos sistemas tributários nacionais. É que a concentração de capitais em grandes grupos, com descentralização da produção por empresas “independentes” e aceleração dos processos de financeirização global, redundam quase sempre em perdas de bases tributárias sobre lucros consolidados dos grandes grupos, as

systems” (IMF Working Paper, 96/141 e em KING, “*Tax systems in the 21st century*” (International Fiscal Association, Genebra, setembro de 1996)

¹² As cifras envolvendo *transfer pricing* são elevadíssimas. Em 1994, o Ministério das Finanças em Tóquio cobrou pagamentos complementares no valor equivalente a quase 2 bilhões de marcos de mais de sessenta empresas, entre elas a Ciba Geigy, a Coca-Cola e a Hoechst, esta sob a acusação de Ter lançado 100 milhões de marcos de despesas a mais subfaturando o fornecimento de matéria-prima para outras afiliadas (*Financial Times*, 13.10.94, *apud* MARTIN, Hans Peter & SCHUMANN, Harald. *Op. cit.*, p. 277).

¹³ MARTIN, Hans Peter & SCHUMANN, Harald. *Op. cit.*, p.274-275.

quais acabam sendo compensadas pelo aumento líquido de tributos, tanto sobre as empresas isoladas e sem conexão internacionais, quanto sobre as pessoas formalmente empregadas ou sobre o consumo.¹⁴

A elisão fiscal no plano internacional é bastante clara. O que não é claro, entretanto, é o seu impacto sobre o aspecto quantitativo das receitas tributárias. Se de um lado é fácil constatar essas mudanças no campo da tributação, de outro lado é extremamente difícil quantificá-las. Não se mediu ainda exatamente quanto das receitas tributárias os governos têm perdido como resultado da elisão fiscal internacional no contexto da globalização econômica.

Poder-se-ia redargüir que não há indícios de que esteja havendo uma redução de receitas tributárias por parte dos Estados nacionais, exemplificando-se com o fato de que o total de receitas tributárias dos países da OCDE atingiram a cifra de 38% do PIB em 1996, contra 34% em 1980. Todavia, é importante lembrar, de acordo com as teses de TANZI e KING, sintetizadas pelo *The Economist* de 31 de maio de 1997, que a globalização começou a se expandir apenas na última década, de modo que o seu impacto sobre a tributação ainda está para ser medido.¹⁵

Além disso, bem compreender o impacto da globalização econômica sobre a tributação, não é preciso usar a imaginação. Basta observar como os governos têm sido forçados a mudar a estrutura dos seus sistemas tributários. Antes da Segunda Guerra Mundial, a tributação sobre as empresas representava um terço do total das receitas tributárias, mais do que os tributos pessoais. Atualmente, representa apenas 12%, aproximadamente um quarto dos tributos pessoais. Na União Européia, a média da

¹⁴ TAVARES, Maria da Conceição & FIORI, José Luiz. *(Des)ajuste global e modernização conservadora*. p. 64. Convém não esquecer aqui, todavia, a expansão do comércio pela Internet e a dificuldade de tributação de tais operações. SOETE, economista da Universidade de Limburg, em Maastricht, submeteu à Comissão Européia, em abril de 1977, um relatório recomendando a tributação de todos os fluxos eletrônicos de informações, os chamados "*bit tax*". Muitos políticos europeus apoiaram a idéia, particularmente porque a Europa, com alta tributação sobre o consumo, está perdendo muito com o comércio eletrônico. Nos Estados Unidos, onde não há um tributo federal sobre o consumo, alguns estados, entre os quais o Texas, tentaram tributar as transações pela Internet, mas a administração Clinton rejeitou a idéia de novos tributos sobre a rede. Em novembro de 1996, o Tesouro americano publicou um *paper* sobre as implicações tributárias do comércio eletrônico, opondo-se contra novos tributos sobre as transações pela Internet, com a observação de que os atuais tributos podem incidir sobre elas exatamente como nas demais formas de transações comerciais (*apud* DISAPPEARING taxes, *op. cit.*)

¹⁵ DISAPPEARING taxes, *op. cit.*

tributação sobre o capital caiu de 50% em 1981 para 35% em 1994. Enquanto isso, a média dos tributos sobre os salários cresceu de 35% para 41%.¹⁶

Além das consequências até aqui examinadas, tem-se constato, nos últimos anos, em razão da complexidade das questões tributárias no plano transnacional, uma crescente concentração de atribuições no Poder Executivo, em prejuízo da chancela legitimadora dos Parlamentos.

Isso porque, segundo PUCEIRO, para que se criem condições de governabilidade perante processos que extrapolam a criatividade de decisão do sistema político, são ampliadas as margens de discricionariedade administrativa, relativizando o mecanismo de limitação mútua entre os poderes do Estado.¹⁷

Examinados todos esses aspectos, é interesse constatar, como já assinalado no preâmbulo deste tópico, uma clara similitude entre o atual quadro tributário e o regime tributário feudal. Essa similitude se insere, contudo, em um contexto mais amplo, onde é possível identificar a emergência de um modelo neofeudal de regulação social.

O Estado moderno, conforme a arguta percepção de ROTH, diferencia-se do feudalismo em relação aos seguintes aspectos: a) distinção entre esfera pública e privada; b) dissociação entre o poder econômico e o poder político; c) separação entre as funções administrativas e a sociedade civil.

Aponta o autor, todavia, uma debilitação dessas distinções, visto que:

- a) as diferentes formas de corporativismo ao longo deste século têm provocado uma interpenetração das esferas privadas e públicas, provocando uma privatização da esfera pública e uma publicização da esfera privada;
- b) a relação de forças entre o poder político dos estados nacionais e o poder econômico globalizado resulta mais favorável a este último, estando as políticas sócio-econômicas internas limitada diretamente por essa relação;

¹⁶ *DISAPPEARING taxes, op. cit.*

¹⁷ PUCEIRO, Zuleta. O processo de globalização e a reforma do Estado. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996.

- c) a internacionalização e a complexidade dos problemas outorgam à administração pública um importante poder normativo que escapa, em parte, ao controle democrático e legitimador do Parlamento, encontrando o Estado moderno, como única instituição de legitimação da coação jurídica, dissolvido dentro de uma infinidade de instâncias de promulgação e de aplicação de regras jurídicas de carácter particularizados, regras essas que, embora de fonte pública, aproximam-se mais de um contrato que de um estatuto.¹⁸

De tudo o que até aqui se expôs, é possível concluir que sem uma instituição legitimada a monopolizar, no plano internacional, o poder de coação jurídica, são as empresas transnacionais que vão promulgando o quadro jurídico em conformidade com os seus interesses.¹⁹ Este assunto será retomado no último capítulo desta dissertação, quando do exame das perspectivas factíveis ante a falibilidade do controle fiscal sobre os preços de transferência.

¹⁸ ROTH, André-Noel. "O direito em crise: fim do Estado moderno?" In: *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*, p. 25.

¹⁹ SANTOS, *apud* ROTH, André-Nöel. *Idem*, p. 26.

1.2 O Poder das Corporações Transnacionais

Sustentou-se no primeiro tópico deste capítulo que os alicerces do direito tributário dos Estados modernos estão sendo abalados pela crescente financeirização das corporações transnacionais. O objeto deste tópico é abordar o poder dessas corporações a partir da identificação das estratégias de deslocamento, através da financeirização, do lado real da economia para o altiplano de uma economia virtual, sempre na irracional busca de maiores lucros.

A expressão financeirização compreende a dominação financeira através das formas contemporâneas de definir, gerir e realizar riqueza e sua manifestação mais aparente está na crescente defasagem entre os valores dos papéis representativos dessa riqueza – moedas conversíveis internacionalmente e ativos financeiros em geral (*paper wealth*) – e os valores dos bens, serviços e das bases técnico-produtivas em que se fundam a reprodução da vida e da sociedade (*economic fundamentals*).²⁰

Esse novo padrão de riqueza exercita-se no mercado de capitais mundialmente integrado e composto por ações, bônus e títulos financeiros em geral, públicos e privados, representativos da grande massa de riqueza mobiliária, de dimensão simbólica e desproporcional face à riqueza real e produtiva.

A participação das corporações transnacionais no controle dos estoques desses ativos financeiros refletem um novo perfil de decisões competitivas em produção e tecnologia e podem ser visualizadas pelos seguintes objetivos:²¹

- a) busca de ganhos de capital através do mercado de ações e de aplicações em outros títulos financeiros, através da montagem de esquemas de fundos para seus investimentos, otimizando as oportunidades oferecidas pelo sistema bancário, pelo mercado securitário e pelos fiscos dos países para onde direcionam os seus investimentos. Incluem-se aqui, igualmente, as estratégias de depreciação do

²⁰ BRAGA, José Carlos de Souza. Financeirização global: o padrão sistêmico de riqueza do capitalismo contemporâneo. In: TAVARES, Maria da Conceição & FIORI, José Luís (org.). *Poder e dinheiro*, p. 196

²¹ BRAGA, José Carlos de Souza. *Idem*, p. 215.

capital fixo, bem assim a montagem de esquemas temporais no plano das posições credoras/devedoras, ativas/passivas, segundo as oportunidades oferecidas pelos vários seguimentos dos sistemas financeiros nacionais em que atuam e do mercado de capitais mundialmente integrado;

- b) investimento tecnologicamente inovador através do domínio do conhecimento de ciências que transcendem as necessidades de uma linha de produto, abrindo, assim, perspectivas de participações multissetoriais, no sentido de que são várias empresas operando em distintos ramos da produção industrial, confeccionando desde o bem de consumo descartável até o bem de capital mais sofisticado, de tal modo que a busca da rentabilidade se faz através de um amplo espectro de oportunidades que permitem a realização de taxas semelhantes de lucro para magnitudes análogas de capitais envolvidos na órbita da economia real;
- c) esquema de competição/cooperação no comércio e no desenvolvimento tecnológico intra e intercorporações e caracterizado pelo gigantismo dessas corporações como máquinas de acumulação de capital em geral, quer sob a forma de lucro operacional, quer sob a forma de rentista na acumulação financeira, pois que a capacidade financeira de que dispõem as coloca em condições de desempenhar papel determinante na valorização e desvalorização dos ativos, inclusive das moedas de reserva internacional.²²

São essas corporações que estão implementando a rede do mercado mundial em produção, comércio, tecnologia, dinheiro e finanças, fornecendo a base material para uma efetiva globalização da economia, pois enquanto agentes da produção operando simultaneamente com grandes massas monetárias líquidas, são capazes de redefinir a territorialidade econômica a partir dos seus interesses negociais, sendo o plano nacional *“apenas a ‘rampa de lançamento’, enquanto que seu espaço lucrativo é o planeta, isto é, a parte dele economicamente ‘explorável’, o que pode significar apenas seguimentos geográficos de um determinado país e não este como um todo”*.²³

²² BRAGA, José Carlos. *Op. cit.* p. 216.

²³ BRAGA, José Carlos. *Idem*, p. 218. O recente livro de REICH, Secretário do Trabalho do governo Clinton, *O trabalho das nações*, demonstra como a reengenharia das grandes empresas modernas torna supérfluos homens e máquinas (REICH, *apud* GADELHA, Regina M. d’Aquino Fonseca. Globalização e crise estrutural. In: DOWBOR, Ladislau, IANNI, Otávio & RESENDE, Paulo-Edgar A. (org.) *Desafios da*

Nesse contexto, as decisões sobre investimentos produtivos ficam condicionadas à concorrência impulsionada pelos conglomerados financeiros, visto que *“a criação menos disciplinada de liquidez e ampliação especulativa do crédito possibilitam que as instituições financeiras e as corporações se lancem com maior liberdade em busca de ganhos de capital.”*²⁴

A busca do lucro é feita na velocidade da luz. Através de transações eletrônicas, é possível transitar do dólar para o iene, em seguida para francos suíços, recomprando-se dólar depois, pulando de um mercado para outro e fechando vultosos negócios, tudo isso em poucos minutos.

Ao lado desse mercado de divisas, funciona também o mercado de derivativos, onde são negociados, como mercadorias, os riscos de uma queda de câmbio ou da inadimplência de um devedor.

Segundo MARTIN & SCHUMANN, apenas 2 a 3% desses negócios são realizados para financiar a indústria e o comércio. Todos os outros são “jogos educados” entre os malabaristas do mercado.²⁵

Diante desse quadro, sustenta BRAGA que vivemos num mundo de *fiat money*, não apenas no sentido do dinheiro sem lastro emitido pelo Estado, mas, também, no sentido de que surgiram inúmeros ativos financeiros que, além de renderem juros, funcionam como quase-moeda, permitindo gerir e realizar riqueza financeira numa velocidade e amplitude antes inexistentes, estando em curso uma tendência à financeirização com moedas privadas, a partir da capacidade da macroestrutura financeira de operar mecanismos de pagamento à margem do controle das autoridades monetárias.²⁶, revelando-se, com isso, *“o poder crescente das forças de mercado na determinação dos preços dos ativos e portanto das*

globalização. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 264). No mesmo sentido, ARRIGHI: *“Comunidades, países, e até continentes inteiros, como no caso da África subsaariana, foram declarados ‘superfluos’, desnecessários à economia cambiante da acumulação de capital em escala mundial’* (ARRIGHI, *apud* GEDELHA, Regina M. d’Aquino Fonseca. *Op. loc. cit.*).

²⁴ BRAGA, José Carlos. *Op. cit.*, p. 234

²⁵ MARTIN, Hans Peter & SCHUMANN, Harald. *Op. cit.*, p. 77.

²⁶ BRAGA, José Carlos. *Op. cit.*, p. 214-15.

restrições ampliadas sob as quais os bancos centrais operam () forças que tornam a comunicação e a persuasão, em vez de ditar ordens, os únicos meios pelos quais a política pode ser efetiva.”²⁷

Conclui BRAGA que a perversidade e instabilidade contemporânea tem sido justamente a de combinar essa alta especulação financeira com crescimento mínimo, “coisa capaz de evitar o colapso, garantir lucros de todo tipo – com o apoio dos tesouros nacionais e dos bancos centrais – e arrebentar com a maior parte das ‘periferias’ sociais.”²⁸

²⁷ BORIO, *apud* BRAGA, José Carlos. *Op. cit.*, p. 235.

²⁸ BRAGA, José Carlos. *Op. cit.*, p. 239. Afinal de contas, na contabilidade do neoliberalismo, o fator humano não conta. Pelo menos é isso que se deduz de uma declaração de HAYEK durante uma viagem ao Chile para participar de um congresso da Sociedade Mont Pelérin, num dos piores momentos da ditadura chilena: “Uma sociedade livre requer certas morais (sic) que em última instância se reduzem à manutenção de vidas: não à manutenção de todas as vidas, porque poderia ser necessário sacrificar vidas individuais para preservar um número maior de outras vidas. Portanto, as únicas regras morais são as que levam ao ‘cálculo de vidas’: a propriedade e o contrato” (entrevista ao *El Mercurio*, Santiago do Chile, 19.04.1981, *apud* HINKELAMMER, Franz J. *Cultura de la speranza y sociedad sin exclusion*. São José (Costa Rica): DEI, 1995, p. 77-78, tradução livre).

1.3 A Corrosão da Soberania Fiscal

A propriedade ou impropriedade do termo “corrosão” utilizado neste subtítulo depende da resposta que se dê à seguinte indagação: os atuais processos de globalização econômica examinados nos tópicos anteriores têm acarretado a perda da soberania fiscal dos Estados nacionais ou são estes que abrem mão, conscientemente, do controle de sua política fiscal?

A perda da soberania dos Estados nacionais tem sido anunciada como uma das conseqüências da globalização econômica, não faltando vozes que chegam a propalar a própria morte do Estado-nação.²⁹

Para sustentar essa tese, é preciso recorrer à visão clássica da soberania como um poder indivisível, inalienável e entendida como *“a faculdade que, num dado ordenamento jurídico, aparece como suprema. Tem soberania quem possui o poder supremo, absoluto e incontestável, que não reconhece, acima de si, nenhum outro poder. Bem por isso, ele sobrepõe toda e qualquer autoridade.”*³⁰ É essa noção de soberania que tem levado muitos autores a sustentar que os Estados nacionais estão perdendo sua soberania diante do poder das corporações transnacionais.

Ocorre que entre o poder político dos Estados nacionais e o desenvolvimento internacional do capitalismo sempre existiram relações de complementariedade. Dessa conclusão é possível entender que a atual crise dos Estados nacionais não decorre do fato de que eles sejam menos soberanos do que sempre foram diante do poder imanente ao

²⁹ Essa tese tem sido sustentada principalmente por OMAE, para quem, num mundo sem fronteiras, o interesse nacional não ocupa lugar de relevo (OMAE, *apud* FIORI, José Luís. Globalização, hegemonia e império. In: TAVARES, Maria da Conceição & FIORI, José Luís (org.). *Poder e dinheiro: uma economia política da globalização*, p. 132-133).

³⁰ CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 69, com remissão, entre outros, aos conceitos de soberania em CRISAFULLI (*“Soberania significa que cada sistema de direito estatal se legitima por si mesmo, achando, em si mesmo, a própria justificação jurídica e o próprio fundamento”*) e em BLUNTSCHLI (*“O Estado é a encarnação e a personificação do poder nacional. Este poder, considerado na força e majestades supremas, se chama soberania”*). O certo é que os Estados continuam a fazer da soberania fiscal um princípio maior, o qual pode ser atribuído à existência de um ainda assaz forte sentimento nacional (BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. *La TVA europeenne et son evolution par etapes en fonction du processus d'integration au sein de la CEE*. Tese [Doutorado em Direito] – Universidade Livre de Bruxelas, ano acadêmico 1992-1993, p. 78).

capital, e que a globalização não os elimina, mas apenas redefine suas hierarquias e os graus de autoridade no exercício de suas soberanias.³¹

Lembra FIORI que, historicamente, o mais correto seria inclusive dizer que os Estados territoriais nasceram antes de suas soberanias, só reconhecidas com a paz de Vestefália em 1648 e que o *big bang* que deu origem ao capitalismo como sistema econômico mundial foi o mesmo que deu origem aos Estados territoriais, sendo o mercantilismo o primeiro produto da aliança entre os Estados e o poder econômico nacional na política de construção dos mercados europeus. Estados territoriais e capitalismo, ao nascerem juntos, nasceram dotados da mesma “compulsão” internacionalizante, transformando os primeiros Estados em impérios coloniais.³²

Adquire o capitalismo, assim, desde o início, as características de uma “economia-mundo”, expressão cunhada por BRAUDEL para identificar os processos de globalização econômica que sempre acompanharam a evolução do capital. Aliás, para BRAUDEL, o termo-chave é “capital”, melhor ainda que “capitalismo”, visto que este, como sistema dominante, surge somente a partir da segunda metade do século XIX, enquanto que a economia-mundo surge no mundo ocidental já no século XV, com a expansão ultramarina pelos portugueses, e se desenvolve no decorrer do chamado “longo século XVI”, representando esse movimento de crescimento do capital o processo conhecido por “globalização da economia.”³³

Sustenta ainda FIORI que o debate sobre a crise e fim dos Estados se alimenta, basicamente, do que vem ocorrendo em três “territórios econômicos”: a) o norte-

³¹ FIORI, José Luís. “Globalização, hegemonia e império”. In: *Poder e dinheiro*, p. 134.

³² FIORI, José Luís. *Idem*, p. 135.

³³ BRAUDEL, *apud* GADELHA, Regina Maria d’Aquino Fonseca. *Op. cit.*, p. 256. A globalização não é um fenômeno novo. Observa PALACIOS que desde o começo da expansão européia até o final do século XVI, a raiz do descobrimento da América e as viagens dos marinheiros portugueses se assentaram as bases da construção da história universal. O Tratado de Tordesilhas, pelo qual o Papa dividiu entre Espanha e Portugal os novos territórios é o antecedente mais remoto da globalização fora do mapa europeu. Assinala PALACIOS que a globalização sempre tem uma dimensão tecnológica: a globalização mercantil baseava no manejo dos ventos pelos marinheiros; a globalização do capitalismo liberal está associada ao desenvolvimento das empresas têxteis, da máquina a vapor, das ferrovias e do carvão; a globalização do Estado do bem-estar social está associada aos modelos fordistas de organização do trabalho, ao petróleo, e à aviação; a atual está associada às novas tecnologias de informática, biotecnologias e telecomunicações (PALACIOS, Germán. Comentarios a la ponencia del Professor Boaventura de Souza Santos. In: *EL NUEVO orden global: dimensiones y perspectivas*, p. 258-259, tradução livre).

americano, de menor interesse pela natureza das relações prévias de dependência e pelo tamanho das assimetrias que sempre juntaram e separaram o Canadá e o México dos Estados Unidos; b) o território econômico europeu; e c) o chamados mercados emergentes.³⁴

A unificação européia, segundo FIORI, é o fenômeno que mais tem instigado o imaginário com quanto ao fim dos Estados nacionais, por terem os Estados daquele espaço onde nasceram decido abrir mão do acordo selado em Vestfália e renegociar suas soberanias territoriais e econômicas. Mas nada há no projeto de unificação européia que corrobore a tese do fim dos Estados. Ao contrário, trata-se ambiciosa tentativa histórica e voluntária de criação de um “superestado” nacional cuja soberania retome as fronteiras e as identidades fragmentadas, estando em jogo não a existência do poder político territorial, mas sua relação com o dinheiro e com as fronteiras sempre variáveis dos “territórios econômicos”.³⁵

Em relação, contudo, ao chamados “mercados emergentes”, o conceito de “internacionalização do Estado” encontra melhor referencial ante um novo tipo de território econômico homogeneizado por uma mesma estratégia de reformas liberais e por

³⁴ FIORI, José Luis. *Op. cit.*, p. 137. A União Européia é a atual denominação das três antigas Comunidades (Comunidade Européia do Carvão e do Aço, CECA, Comunidade Econômica Européia, CEE e Comunidade Européia de Energia Atômica, EURATOM), instituídas pelo chamados “Seis de Dentro”: Alemanha (então República Federal), Bélgica, França, Itália, Luxemburgo e Países Baixos, e posteriormente expandida para incluir a Dinamarca, Grécia, Espanha, Finlândia, Portugal, Reino Unido, Irlanda, Suécia e Áustria. Já denominou-se Comunidades Europeias (no plural) e atualmente auto-refere como “Comunidade Européia”, quando se refere às relações “externa corporis” e “União Européia”, quando se dirige a assuntos atinentes aos Estados-Partes (cf. SOARES, Guido F. S. As dimensões globais da diplomacia dos Estados, no final do século XX: três aspectos de uma realidade atual. In: DOWBOR, Ladislau, IANNE, Octavio & RESENDE, Paulo-Edgar (org). *Desafios da globalização*, p. 128). Uma das mais importantes decisões sobre a natureza específica do Direito Comunitário europeu foi proferida em 1991 pela Corte de Justiça das então Comunidades Europeias, a qual deixou assentado que “...o Tratado CEE, ainda que haja sido celebrado em forma de Convênio Internacional, nem por isso deixa de ser a Carta Constitutiva de uma Comunidade de Direito. Conforme reiterada jurisprudência do tribunal de justiça, os Tratados comunitários criaram um novo ordenamento jurídico em favor do qual têm os Estados limitado, em âmbitos cada vez mais amplos, seus direitos de soberania e cujos sujeitos não são unicamente os Estados membros, mas também seus nacionais (veja-se, em especial, a sentença de 5 de fevereiro de 1963, Van Gend em Loos, 26/62, Rec., 1963, p.1). Os traços essenciais do ordenamento jurídico comunitário são, em particular, sua primazia em relação aos Direitos dos Estados membros, assim como o efeito direto de toda uma série de disposições aplicáveis a seus nacionais e a eles mesmos” (*apud* JIMENEZ, Martha Lucía Olivar. La comprensión del concepto de derecho comunitario para una verdadera integración em el Cone Sur. In: BASSO, Maristela. *Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 18).

³⁵ FIORI, José Luis. *Idem*, p. 138.

uma administração convergente das políticas macroeconômicas desenhadas em função de planos comuns de estabilização monetária sustentados por moedas sobrevalorizadas e por aberturas comerciais abruptas.³⁶

Com o fim da competição político-ideológica bipolar e a consolidação da hegemonia liberal, as redes de poder supranacional se mantiveram, sendo apenas deslocadas para o campo da administração macroeconômica global do território.³⁷

Esse deslocamento, ainda conforme FIORI, não é obra automática da globalização, mas um ato de vontade política interna na adoção de estratégias de estabilização e liberalização econômica apoiadas na globalização financeira, *“e abrindo mão, conscientemente, do controle de suas políticas monetária e fiscal e colocando seus objetivos macroeconômicos acima de qualquer outro objetivo nacional.”*³⁸

Conclui FIORI, então, que esses Estados, limitadas externamente por seus balanços de pagamentos negativos, não conseguem desfazer-se da dependência do financiamento externo e, conseqüentemente, das altas taxas de juros responsáveis pelos baixos índices de crescimento, limitando-se os Bancos Centrais desses Estados a administrar a valorização financeira da riqueza privada.

³⁶ Esse o receituário neoliberal do chamado “Consenso de Washington”, termo criado em 1960 pelo economista John Williamson, professor do Institute for International Economics, de Washington, para definir uma série de políticas recomendadas a partir de um seminário conjunto realizado pelo governo dos Estados Unidos, pelo Fundo Monetário Internacional e pelo Banco Mundial. Segundo o “Consenso de Washington”, os países devem seguir políticas de eliminação da inflação, abertura da economia às importações, privatização, redução da intervenção do Estado na economia e controle das contas públicas. As medidas sugeridas pelo “Consenso de Washington” foram recentemente questionadas por Joseph Stiglitz, presidente do Banco Mundial, lançando as seguintes observações: a) os mercados precisam, além de inflação baixa, de regulamentação financeira confiável e de políticas que estimulem a competição e a transferência de tecnologia; b) além de promover o funcionamento dos mercados, o desenvolvimento deve ser também sustentável, igualitário e democrático; c) o papel do Estado não deve ser minimizado, pois a questão não é saber se o Estado deve ou não intervir, mas de que forma deve intervir; d) ingredientes essenciais ao crescimento foram menosprezados pelo Consenso, como educação e evolução tecnológica; e) baixos níveis de inflação podem até melhorar o desempenho da economia, visto que apenas taxas de inflação superiores a 40% ao ano custa caro para a sociedade; f) os que defendem a privatização urgente superestimam os benefícios e subestimam os custos, especialmente os custos políticos (*Folha de São Paulo*, 15.07.1998).

³⁷ FIORI, José Luís. *Ibidem*, p. 139. O professor BAGHWATI, da Universidade de Colúmbia (EUA), adepto do liberalismo, disse recentemente que, assim como na época de Eisenhower havia o complexo industrial militar, representado pela aliança dos fabricantes de armas, aviões e navios com os militares do Pentágono, hoje há um complexo Tesouro-Wall Street (*apud* RICUPERO, Rúbens. Entrevista à *Folha de São Paulo*, 31.08.98).

³⁸ FIORI, José Luis. *Op. cit.* p. 140.

Como a queda da atividade econômica, de sua vez, acaba comprometendo as receitas públicas, têm os governos desses Estados lançado mão aos cortes orçamentários, concentrados, principalmente, nas áreas sociais. O resultado, ainda segundo FIORI, tem sido a perda crescente de governabilidade. Como consequência final dessa cadeia de decisões e submissões, *“os estados nacionais destas ‘economias emergentes’ estão sendo transformados, neste final de século, numa espécie de ‘guardiões paralíticos’ de uma moeda que de fato não dispõem e de um equilíbrio fiscal que lhes escapa das mãos empurrado pelo círculo vicioso de sua política monetária.”*³⁹ Enfim, no dizer de UNGER, as andanças do dinheiro transformou-se numa verdadeira montanha-russa, com todos bancando o passeio de poucos.⁴⁰

A partir desse ângulo de visão, já é possível responder com a seguinte formulação a pergunta formulada no início deste tópico: paralelamente à globalização da economia tem ocorrido uma corrosão da soberania fiscal dos Estados nacionais. Mas essa corrosão não é consequência dos processos de globalização econômica. Ao contrário, os Estados nacionais é que abriram mão de parte de suas soberanias, seja em busca de poder soberano em plano supranacional, seja pela adesão ao modelo financeiro global.

O entrelaçamento dos diversos aspectos abordados neste capítulo formam o pano de fundo dos capítulos seguintes.

³⁹ FIORI, José Luís. *Op. cit.*, p. 141.

⁴⁰ UNGER, Roberto Mangabeira. A crise reimaginada. *Folha de São Paulo*, 1º.09.98. Nesse mesmo artigo, destaca o autor os três discursos hoje ouvidos sobre a crise financeira mundial: a) o primeiro, ortodoxo, atribui a crise ao acúmulo de erros, como o lapso de tributação na Rússia, a exigir correção paciente em direção à sonhada reconciliação da flexibilidade econômica com a proteção social; o segundo, invocando o espírito de Keynes, vê o defeito fatal na movimentação irrestrita do dinheiro, devendo o Estado reassumir as tarefas de direção do crédito, das quais o neoliberalismo o desincumbiu; c) o terceiro, neomarxista, limita-se a descrever as convulsões de um capitalismo financeiro que fez do planeta um só cassino. Aponta o autor, como alternativa a esses três discursos, a mobilização dos recursos nacionais, reorganizando a relação entre a poupança e a produção, com a democratização do acesso aos recursos produtivos, transformando o subsídio para poucos em ajuda para muitos e acumpliciando mais intimamente o dinheiro com a economia real.

2 OS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA NA EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

As transações comerciais entre diferentes unidades de um grupo multinacional podem não estar sujeitas às mesmas forças de mercado em que moldadas as relações entre duas firmas independentes. Os preços de transferência, assim conceituados os valores fixados nos pagamentos de uma empresa para as mercadorias, serviços ou direitos transferidos para outra unidade do mesmo grupo, podem divergir dos preços de mercado por razões de *marketing* ou política financeira, ou ainda para minimizar tributos. Para assegurar que a base tributária de uma empresa multinacional seja repartida de modo justo, é importante que as transferências dentro de um grupo se aproximem daquelas que seriam negociadas entre firmas independentes. Este o princípio do preço sem interferência (*arm's length price*) disposto no Artigo 9º do Modelo de Convenção Tributária da OCDE.¹

Nessa orientação da OCDE estão estampadas as três perspectivas de estudo dos preços de transferência: a perspectiva financeira (maximização de lucros através da divisão de custos), a estratégica (competição, *marketing* e aspectos operacionais) e a tributária (minimização de tributos).

Este trabalho se desenvolve sob essa terceira perspectiva, com a advertência, todavia, de que a manipulação dos preços de transferência não será tomada, aqui, como uma engenharia tributária necessariamente ilícita, mas como uma legítima opção de planejamento tributário por parte do contribuinte,² como igualmente legítimos são os

¹ OECD, *Tax and Multinationals*. Site: http://www.oecd.org/daf/fa/tr_price/transfer.htm 8.4.99. A OECD, sigla da *Organization for Economic Co-operation and Development*, conhecida em língua portuguesa pela sigla OCDE (Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico), congrega atualmente 29 países membros e 3 países não membros (Brasil, Argentina e Chile), os quais respondem por dois terços do comércio global. Tem a Organização por objetivo auxiliar os governos dos referidos países na discussão, desenvolvimento e aperfeiçoamento da economia de mercado através do compartilhamento de experiências e da coordenação de suas políticas nacionais e internacionais, respeitando-se os direitos humanos.

² Na arguta observação de DEE, seria de grande valia que a linguagem das autoridades tributárias fosse menos pejorativa. Cita o autor, como exemplo, um resumo distribuído à imprensa pela autoridade tributária britânica quando da divulgação do orçamento anual em 1996, referindo-se a evasão e elisão fiscal como se fossem a mesma coisa, além de estabelecer, de modo genérico, um liame entre grandes empresas, transações internacionais e fraude fiscal. (DEE, Nicholas. *International Tax Planning Association: Transfer pricing article*. Site: <http://www.itpa.org/open/archive/trfpricingdee.html>). Por isso a preocupação, nesta dissertação, em conceituar, já na introdução, a elisão fiscal como o impedimento, pelo contribuinte, do nascimento da obrigação tributária através de atos lícitos tendentes a evitar a configuração do fato impositivo, em

esforços normativos no sentido de reduzir os efeitos dessa prática, desde que não se descure do direito do contribuinte a uma tributação certa e condizente com a sua capacidade contributiva.

Divide-se este capítulo em três partes: na primeira, é feita uma retrospectiva dos preços de transferência sob a perspectiva de suas consequências no campo da tributação; na segunda, é feita uma exposição sobre o princípio do preço sem interferência (*arm's length price*) e dos métodos utilizados na sua aferição, com adução, em seguida, dos argumentos a ele contrapostos; finalmente, na terceira parte, são apresentadas três alternativas que vêm sendo adotadas para um controle mais preciso dos preços de transferência.

contraposição ao conceito de evasão fiscal, entendida esta como a fuga da obrigação tributária através de atos ilícitos.

2.1 Retrospectiva³

Embora haja referência na literatura econômica de que as discussões sobre preços de transferência remontam a 1883,⁴ é a partir de 1930 que se têm notícias seguras do tema sob a perspectiva tributária.

O Comitê Fiscal da antiga Liga das Nações, fundado em 1928 com a finalidade de estabelecer as bases da tributação no plano internacional, concluiu, em 1932, um detalhado estudo sobre a tributação das empresas multinacionais, resultando em um relatório de mais de 1.200 páginas distribuídas em cinco volumes. Foram estudados 27 diferentes sistemas tributários sob a coordenação de CARROLL. O relatório, escrito pelo próprio CARROLL, observou que o problema da alocação dos lucros das empresas multinacionais residia, sobretudo, na complexidade da estrutura dessas empresas e nas bases para a fixação dos preços de transferência entre suas várias unidades espalhadas pelo mundo.

Identificou CARROLL, provavelmente pela primeira vez, um assunto-chave para os Estados decorrente da internacionalização das empresas, bem assim as consequências, para estas, da multiplicidade de ordenamentos tributários distintos.

Um excerto desse relatório sobre a questão dos preços de transferência, dada a sua importância histórica para as discussões que ainda hoje se travam sobre o tema, merece citação neste texto:

“Os coletores fiscais reclamam que às vezes as empresas levam em conta a carga tributária de vários países e fixam o preço de transferência da matriz para o estabelecimento vendedor em nível tão elevado a ponto de apresentar muito pouco ou nenhum lucro na contabilidade da filial. Através da arbitrária fixação de preços ou custos intra-firma para juros, royalties, serviços, etc., os lucros podem ser mudados de um local para outro e o objetivo é quase sempre transferi-los para

³ Os dados históricos desta retrospectiva foram compilados, em sua maior parte, a partir de PICCIOTO, Sol. *International Business Taxation*. London: George Weidenfield and Nicolson Ltd, 1992 e de publicações da OCDE no site acima citado.

⁴ HOGAN, David. “The transfer pricing guidelines: economic analysis shows potential unfairness”, in *Tax Management Transfer Pricing, Special Reports*, published by Tax Management Inc. Washington: April 22, 1998, p. 3.

os países de baixa exigência fiscal ou de nenhuma tributação sobre a renda. As autoridades tributárias de cada país onde há um estabelecimento tem à sua imediata disposição apenas os registros contábeis (se existentes) do estabelecimentos ali instalado, e é necessário a esses países ter a certeza se tais registros refletem, ou não, o verdadeiro lucro atribuído àquele estabelecimento. Isso implica, em alguns casos, a destinação do capital normalmente requerido para a condução das atividades do estabelecimento, o qual, em cada caso, o suporta contabilmente ou arca com custos às mesmas taxas que seriam praticadas nas relações com um estabelecimento independente. Infelizmente, entretanto, o estabelecimento local não é tratado com regalo pela maioria das empresas, de modo que as autoridades tributárias acabam tendo por necessário o ajuste da contabilidade após se assegurarem da existência de informações adicionais disponíveis, ou lançam o tributo a partir de bases empíricas ou fracionais. Surgem casos onde os contribuintes tentaram meticulosamente alocar lucros de modo justo entre os vários estabelecimentos, mas as autoridades dos diversos países são de opinião diferente, vendo nesse gesto uma distribuição de renda tributável ... Somando todos os tributos lançados, a empresa percebe que pagou de tributos mais de 100% de sua renda líquida. Incidentalmente, tem sido discutido com as autoridades tributárias de cada país o montante alocável, e na medida do possível tem sido exibidas cópias ou extratos dos escritórios contábeis da matriz a fim de que as autoridades de cada país possam examinar a contabilidade local à luz desses dados. Isso tudo demanda o dispêndio de tempo e dinheiro, tanto pelo contribuinte quanto pela administração tributária.⁵

⁵ Liga das Nações, 1933, vol. IV, p. 12-13, *apud* PICCIOTO, Sol. Op. cit., 28-29, tradução livre. Texto original: "Tax collectors complain that sometimes enterprises take the rate of tax in various countries into consideration, and fix the transfer price from the factory to the selling establishment at so high a figure as to show little or no profit in the books of the sales branch. Through the arbitrary fixation of inter-establishment billing prices or charges for interest, royalty, services, etc., profits can be shifted from place to place, the purpose frequently being to transfer them to the country with a low rate of tax or no income-tax at all ... The tax official in each country where there is an establishment has at his immediate disposal only the accounts (if any) of the local establishment, and it is necessary for him to ascertain whether or not they reflect the true profit attributable to that establishment ... This entails, in some cases, allotting to it the capital normally required to carry on its activities, and, in every case, billing to it or making charges at the same rates as it would to an outsider. Unfortunately, however, the local establishment is not so treated by the great majority of enterprises, and the tax inspector finds it necessary to adjust the accounts after securing whatever additional information is available, or to make an assessment on an empirical or fractional basis. Cases arise where the taxpayer has tried meticulously to allot profits in a fair way between the various establishments, but the authorities of the several countries are of a different opinion as to their share of the taxable income ... When all the assessments are added together, the enterprise finds that it has paid tax on much more than 100 per cent of its net income. Incidentally, it has had to argue with the authorities of each country in regard to the amount of profit allocable thereto, and possibly has had to produce copies or extracts of its head office accounts in order that the authorities of each country may examine the local accounts in the light thereof."

Mas foi só a partir dos anos sessenta que o problema dos preços de transferência passou a figurar novamente na agenda das discussões sobre a tributação internacional. O rápido crescimento dos investimentos diretos reacendeu os questionamentos sobre as estratégias tributárias das empresas multinacionais. Enquanto que os países “importadores” de capital passaram a conceder, para atrair mais investimentos, isenções sobre os lucros externos, os países “exportadores” de capital passaram a estabelecer limitações ao diferimento da tributação sobre tais lucros. O resultado disso foi o surgimento de uma verdadeira indústria internacional de planejamento fiscal para assistir as empresas multinacionais na maximização dos lucros através da exploração das diversas oportunidades de elisão fiscal oferecidas por cada país.

Foi nesse ambiente que ressurgiu o debate sobre as possibilidades de elisão fiscal através da manipulação dos preços de transferência, principalmente pelas empresas americanas, de maior inserção internacional, as quais passaram a escapar, por esse mecanismo, da tributação doméstica sobre os seus ganhos. Em 1962, quando o Congresso americano rejeitou uma proposta do presidente Kennedy para pôr fim ao diferimento tributário das subsidiárias estrangeiras, acabou fomentando, por outro lado, o desenvolvimento de um controle mais ativo dos preços de transferência.

Aprovou o Parlamento americano, então, uma emenda à seção 482 do Código Tributário (*Internal Revenue Code*), prevendo um fórmula de alocação da renda tributável entre empresas coligadas, a menos que o contribuinte demonstre que praticara um preço justo, entendido este como o que seria fixado entre empresas independentes atuando em situações análogas (*arm's length price*).

A regulamentação da seção 482, aprovada em 1968, com publicação de sua versão final em 1994⁶, estabeleceu as bases para o monitoramento dos preços de transferência.

This all requires expenditure of time and money on the part of the taxpayer as well as that of the tax collector.”

⁶ Foram promulgadas as seguintes emendas à seção 482: i) The Super Royalty Provision, no Ato da Reforma Tributária de 1986; ii) seção 1059A de 1986; iii) regras propostas pelo “A Study on Intercompany Pricing (The White Paper)” de 1988; iii) Procedimentos 91-22 e 91-23 de março de 1991; iv) seções 6038A e C de junho de 1991; v) propostas de regulamentação para intangíveis de janeiro de 1992; vi) regulamentações temporárias de 1993 e vii) regulamentações finais da seção 482 de julho de 1994 (cf. OHANA, E. Felipe. “Anotações sobre Preço Transferência e Observações sobre o Caso Brasileiro, in *O Brasil na economia global*. Rio de Janeiro: Campos: SOBEET, 1996, p. 270).

Definiu o regulamento cinco categorias de transações entre empresas coligadas: a) empréstimos ou adiantamentos; b) serviços; c) *leasing*; d) propriedade intangível (patentes e *know-how*); e e) propriedade tangível. Especificou também o regulamento os métodos a serem utilizados na determinação do preço apropriado, os quais serão examinados no terceiro tópico deste capítulo.

Os esforços empreendidos na definição de princípios internacionalmente aceitos sobre os preços de transferência tiveram pouco sucesso. A razão disso estava, em parte, no fato de que o detalhamento de regras pelos Estados Unidos acabou introduzindo um grau de especificidade sobre o qual seria muito difícil obter um consenso internacional sobre o assunto.

Nos anos setenta, aumentou a pressão dos países no sentido da formalização de um acordo internacional sobre as regras a serem adotadas na aferição dos preços de transferência. Apesar da afirmação e reafirmação da importância do princípio do preço sem interferência (*arm's length price*), não se conseguiu, todavia, um concerto internacional sobre regras específicas.

Até os anos setenta, os preços de transferência não eram tratados como uma matéria de grande urgência. Essa letargia foi abandonada, contudo, com a percepção de que o poder das empresas multinacionais, agora já transmutadas em corporações transnacionais, estava tornando um assunto altamente politizado, sobretudo em relação à habilidade dessas corporações em movimentar fundos de curto prazo e investimentos de longo prazo entre diversos países, particularmente pelo ajuste dos termos de pagamentos entre suas afiliadas, passando elas a utilizar, com frequência, da estratégia de manipulação dos preços de transferência.

Notícia PICCIOTO que essa estratégia restou bem delineada no *cause célèbre* da Hoffman La Roche. Um relatório da Comissão Britânica de Monopólios revelou, em 1973, que a Roche no Reino Unido estava pagando preços substancialmente inflados para a sua afiliada na Suíça na aquisição de ingredientes ativos para medicamentos destinados à venda. Estes medicamentos eram *librium* e *valium*, tranquilizantes então em voga, vendidos sob prescrição e adquiridos principalmente pelo Serviço Nacional de Saúde. O preço de transferência praticado pela Roche foi de £370 pelo quilo de *librium* e £922 pelo

quilo de *valium*, enquanto que estes mesmos ingredientes ativos poderiam ser obtidos de pequenas empresas na Itália (onde as patentes da Roche não eram protegidas) por £9 e £20 o quilo respectivamente.

Sustentou a Roche, perante a Comissão de Monopólios, que a sua política de preços para medicamentos baseou-se no que o mercado poderia suportar em cada país, embora no Reino Unido o preço fosse negociado com o governo sob o esquema da então voluntária regulação do preço para produtos farmacêuticos. A contabilidade da subsidiária britânica da Roche apresentou os pagamentos diretos para suas afiliadas para despesas gerais, especialmente para pesados investimentos em programas de pesquisa na Suíça e nos Estados Unidos.

O valor de tais pagamentos foram avaliados pelo Fisco (*Inland Revenue*) pela via da comparação com empresas farmacêuticas similares estabelecidas no Reino Unido (cerca de 12% das vendas). A atividade da Roche no Reino Unido, todavia, concentrava-se em poucos, mas altamente lucrativos itens – tranquilizantes e vitaminas. Alegou a Roche, assim, que não era justo avaliar a lucratividade de medicamentos individualizados, especialmente os elevado sucesso como o *librium* e o *valium*, visto que através deles é que a empresa financiava as suas pesquisas. Recusou-se a Roche, entretanto, a fornecer dados à Comissão sobre suas atividades no exterior.

A disputa foi encerrada por acordo envolvendo o pagamento de determinada soma ao Serviço Nacional de Saúde, mas o caso acabou provocando a instauração de investigações em diversos países sobre a política de preços da Roche. Além disso, motivou esse caso pressões políticas em muitos países para um controle mais efetivo dos preços de transferência.⁷

A politização do debate em torno do poder das corporações internacionais levou a ONU a criar um centro para o estudo do tema. O primeiro relatório acerca do impacto das corporações transnacionais sobre o desenvolvimento e relações internacionais foi, todavia, extremamente conservador sobre questões tributárias. Rejeitou, em breves linhas, a idéia de alocação dos lucros totais da empresa, mas não apresentou nenhuma idéia nova para a solução dos problemas sobre preços de transferência ou sobre elisão fiscal, limitando-se a

⁷ PICCIOTO, Sol. Ob. cit., p. 188-189.

sublinhar a urgência de um trabalho adicional a ser apresentado pelo Grupo de *Experts* sobre Tratados Tributários.⁸ Em reuniões realizadas em 1976 e 1978, o tema dos preços de transferência foi apresentado por esse Grupo no contexto dos procedimentos de mútuo acordo entre as autoridades competentes.

Paralelamente aos trabalhos da ONU, o Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE acelerou os seus estudos sobre o tema, adotando, em 1976, a Declaração e Decisões sobre Investimentos e Empresas Multinacionais, onde assinalada a urgência de se reduzir o uso de preços de transferência que não se conformem com o padrão dos preços sem interferência, com nefastas modificações das bases tributárias dos países membros. O exame mais detalhado do assunto veio a lume, contudo, em 1979, no festejado relatório sobre Preço de Transferência e Empresas Multinacionais.⁹

O Comitê da OCDE e o Grupo de *Experts* da ONU chegaram a conclusões similares. Ambos os relatórios confirmaram a primazia do princípio dos preços sem interferência (*arm's length price*) e prestigiaram o enfoque adotado pela regulamentação americana de 1968, no sentido da necessidade de elaboração de critérios mais específicos a serem utilizados na avaliação dos preços de transferência nas várias modalidades de transações entre empresas coligadas.

O relatório publicado pela OCDE em 1979, embora tenha estabelecido o consenso de que o preço de transferência é um assunto de extrema relevância, e que o princípio do preço sem interferência deve servir de princípio-guia na avaliação do preço justo, deixou, todavia, de apresentar um novo modelo de tratado, o que veio a ser feito nas orientações sobre o mesmo tema publicado pela OCDE em 1995.¹⁰ Os contornos do princípio do preço

⁸ UN, Department of Economic & Social Affairs. *Guidelines for Tax Treaties between Developed and Developing Countries*, ST/ESA/6, 1974, p. 91-94, *apud* PICCIOTO, Sol.. *Op. cit.*, p. 189.

⁹ *Report of the OECD Committee on Fiscal Affairs on Transfer Pricing and Multinational Enterprises*, 1979, *site* citado.

¹⁰ OECD, *Transfer Pricing Guidelines For Multinational Enterprises and Tax Administrations*, July 1995, *site* citado. Após 1995, publicou a OCDE diversas revisões de suas orientações. Em abril de 1996, foram adicionados novos capítulos sobre intangíveis e serviços. Em agosto de 1997, foi publicado um novo capítulo sobre custos de contribuições, frequentemente destinadas à pesquisa e desenvolvimento. Em fevereiro de 1998, foram publicados anexos contendo exemplos práticos e procedimentos para monitoramento da implementação de suas recomendações.

sem interferência os métodos utilizados na sua aplicação e as críticas a ele dirigidas serão expostos nos tópicos seguintes.

2.2 O Princípio do Preço sem Interferência: Métodos e Críticas

As Orientações sobre Preços de Transferências para Empresas Multinacionais e Autoridades Tributárias, publicadas pela OCDE em 1995, assim dispõem sobre a aplicação do preço sem interferência (*arm's length price*):

*“Quando empresas independentes negociam entre elas, as condições de suas relações comerciais e financeiras (e.g. o preço de produtos transferidos ou serviços prestados e as condições da transferência ou prestação) ordinariamente são determinadas por forças de mercado. Quando empresas associadas lidam entre elas, suas relações comerciais e financeiras podem não ser da mesma forma diretamente afetadas por forças externas de mercado, embora empresas relacionadas muitas vezes procurem reproduzir a dinâmica das forças de mercado nas negociações entre elas (...) As administrações tributárias não devem automaticamente assumir que empresas relacionadas têm procurado manipular os seus lucros. Pode haver uma genuína dificuldade em determinar de forma acurada o preço de mercado ante a ausência de forças de mercado ou quando adotada uma particular estratégia comercial. É importante manter em mente que a necessidade de promover ajustes para aproximar das negociações sem interferência [arm's length dealings] nasce desrelacionada de qualquer obrigação contratual assumida pelas partes para pagar um preço em particular ou de qualquer intenção das partes em minimizar tributos. Assim, um ajuste tributário sob o princípio do preço sem interferência [arm's length price] não deve afetar as subjacentes obrigações contratuais de propósitos não tributários entre empresas relacionadas, e podem ser apropriados mesmo onde não há intenção de minimizar ou evitar imposto. A consideração do preço de transferência [transfer pricing] não deve ser confundida com a consideração de problemas de evasão fiscal ou elisão fiscal, embora política de preços de transferência possam ser usadas para esse propósito.”*¹¹

¹¹ OECD, *Transfer Pricing Guidelines For Multinational Enterprises and Tax Administrations*, p. 1, 3-4, apud AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues. “O preço de transferência no Brasil e no MERCOSUL. In: CAMPOS, Djalma de. (coord.). *O sistema tributário e o Mercosul*. São Paulo: LTr, 1998, p. 33 (grifos do autor).

De igual modo, a seção 482 do Código Tributário dos Estados Unidos (*Internal Revenue Code*) preconiza a aplicação do princípio *arm's length* em moldes assim explicitados:

“A seção 482 do Código [Internal Revenue Code] autoriza o IRS [receita federal] a redeterminar o imposto de uma entidade sujeita à jurisdição tributária norte-americana quando verificar que um impróprio deslocamento de itens [receitas e despesas] entre a entidade [contribuinte] e uma entidade comumente controlada fora da jurisdição tributária norte-americana tenha ocorrido. A seção 482 não limita o IRS a realocações de itens entre entidades em diferentes jurisdições tributárias. Ela permite realocações entre quaisquer entidades comumente controladas. Isto tem especial significância com respeito a empresas multinacionais, de qualquer forma, devido às suas oportunidades para deslocamento de itens além fronteira por motivos tributários, afetando a determinação do débito fiscal. Sob os regulamentos, o Serviço [IRS] procura aplicar a seção 482 pela utilização do denominado padrão “arm's length”. Isto é, o Serviço procura realocar receitas pela simulação de transações que as entidades comumente controladas teriam promovido não fossem elas comumente controladas.”¹²

Na implementação do princípio do preço sem interferência (*arm's length price*), sugere a OCDE, em seu modelo de tratado contra a dupla tributação, que cada empresa integrante de uma corporação transnacional deve ser tratada como uma entidade separada (*separate entity approach*) que mantém relações independentes com empresas do mesmo grupo localizadas em outro país, de modo a alcançar, através da denominada *ficção de independência*, resultados mais precisos na apuração do preço de transferência. Rejeita a OCDE, assim, a *teoria da força de atração (unitary approach)*, a qual advoga que qualquer estabelecimento de uma corporação transnacional localizado em determinado país significa o ingresso dessa corporação nesse país, circunstância suficiente para atrair a incidência da tributação sobre todos os lucros obtidos por aquele estabelecimento, ainda que auferidos no exterior.

¹² *Explanation of H. R. 5270 (Foreign Income Tax Rationalization and Simplification Act of 1992)*, apud AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues. *Op. cit.*, p. 20

Embora a teoria *da força de atração* tenha como vantagem a inibição da elisão fiscal, não se pode, por outro lado, desprezar o fato de que as corporações transnacionais possuem, muitas vezes, divisões sem personalidade jurídica própria, localizadas em determinados países onde são apurados e tributados, por força da adoção da *ficção de independência* (*separate entity approach*), os lucros ali auferidos. Se adotada, nesse caso, a teoria *da força de atração* (*unitary approach*), os resultados seriam distorcidos, na medida em que a corporação transnacional, mesmo sem estar estabelecida no país em que localizada a respectiva divisão, estaria sujeita à tributação sobre resultados obtidos no exterior e sem qualquer conexão com a divisão ali localizada.¹³

Em razão disso, preconiza a OCDE que a tributação dos lucros de uma empresa deve ser feita exclusivamente no país em que é domiciliada, a menos que exerça atividade em outro país através de um estabelecimento permanente, quando então os lucros atribuíveis a esse estabelecimento podem ser também tributados nesse outro país. Desse modo, conforme lembra DORNELLES, em detalhado estudo sobre a dupla tributação internacional da renda, "os lucros empresariais obtidos no exterior só estão sujeitos a imposto no país de fonte quando se configurar a existência de estabelecimento permanente e apenas na medida em que forem atribuíveis a esse estabelecimento. Em caso contrário, o país de domicílio detém a competência exclusiva de tributação."¹⁴

Pelo modelo da OCDE, entende-se por estabelecimento permanente uma instalação fixa de negócios através do qual uma empresa desenvolve, no todo ou em parte, o seus negócios.¹⁵

¹³ A *ficção de independência* corresponde, em inglês, ao princípio *arm's length* e significa que, embora não se pretenda que o estabelecimento permanente tenha uma personalidade jurídica própria, usa-se de tal ficção, mera construção mental, exclusivamente para fins de distribuição do lucro da empresa entre matriz e filial (cf. SCHOURI, Luis Eduardo. "Preços de Transferência e Acordos de Bitributação", in ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Op. cit.*, p. 57.

¹⁴ DORNELLES, Francisco Neves. *A dupla tributação internacional da renda*. Rio de Janeiro: FGV, 1979, p. 24.

¹⁵ Enumera DORNELLES, reportando-se ao modelo de convenção da OCDE, os seguintes exemplos de estabelecimento permanente: uma sede de direção, uma filial, um escritório, uma fábrica, uma oficina, uma mina, um poço de petróleo ou gás, uma pedreira ou qualquer outro local de extração de recursos naturais e um canteiro de construção ou montagem que dure mais de 12 meses. Não se considera, contudo, haver estabelecimento permanente se: a) as instalações forem utilizadas unicamente para armazenagem, exposição ou expedição de mercadorias pertencentes à empresa; b) as mercadorias pertencentes à empresa forem depositadas unicamente para armazenagem, exposição ou expedição; c) as mercadorias pertencentes à

Adverte SCHOUERI, todavia, que mesmo afastada a teoria *da força de atração*, remanesce o problema da apuração e alocação de resultados entre os estabelecimentos a partir da aplicação do princípio *arms's length*. Para esse propósito, registra o referido autor a existência de dois métodos: o método direto (*separate accounting*) e o método indireto (*fractional apportionment*).¹⁶

No método direto (*separate accounting*), a filial é vista como uma entidade econômica independente, embora não o seja juridicamente. Daí decorre, como exemplifica o precitado autor, que os recursos apropriados de terceiros para atender às necessidades da filial são dívidas que estão economicamente vinculadas à filial e por isso podem ser deduzidas das receitas por ela apuradas no levantamento do seu lucro.

Aduz o autor, por fim, reportando-se a SCHRODER, que o método direto não pressupõe propriamente que o estabelecimento permanente seja uma empresa autônoma, já que, muitas vezes, uma filial seria economicamente inviável se não visualizada no contexto da empresa. Não é essa a idéia. Objetiva-se, com esse método, identificar, no lucro total da empresa, qual a parte que se deve atribuir à efetiva atuação da filial, sendo isso feito em duas etapas: primeiro, apura-se o lucro total da empresa, no país e no exterior; depois, distribui-se o lucro apurado entre os diversos estabelecimentos a partir da efetiva colaboração de cada um deles.¹⁷

Pelo método indireto (*fractional apportionment*), ainda segundo SCHOUERI, parte-se também do lucro total da empresa, no país e no exterior. A diferença é que, por esse método, o lucro apurado não é distribuído a partir da investigação de quem o produziu. A dificuldade aqui reside em encontrar um critério de distribuição que guarde harmonia com o princípio *arm's length*. No caso de a matriz e a filial exercerem atividades idênticas, sugere JACOBS, igualmente citado por SCHOUERI, o critério da receita bruta para

empresa forem depositadas unicamente para fins de transformação por outra empresa; d) uma instalação fixa de negócios for utilizada unicamente para compra de mercadorias ou para reunir informações para a empresa;

e) uma instalação fixa de negócios for utilizada, pela empresa, apenas para fins de publicidade, de obtenção de informações, de investigação científica ou atividades análogas, de caráter preparatório ou auxiliar (DORNELLES, Francisco Neves, *Op. cit.* p. 24).

¹⁶ SCHOUERI, Luis Eduardo. "Preços de transferência e acordos de bitributação", in ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Op. cit.*, p. 59.

¹⁷ SCHOURI, Luis Eduardo. *Idem.*, p. 59-60.

empresas comerciais e prestadoras de serviço; o valor dos prêmios para as seguradoras; os salários e o custo de matérias primas para as empresas industriais e assim por diante. Ocorre que no caso de atividades diversificadas dificilmente é possível encontrar um critério compatível com o princípio *arm's length*, como, por exemplo, quando cabe à matriz a atividade de industrialização e propaganda, e à filial, a distribuição. Por isso a conclusão de SCHRODER, ainda na citação de SCHOUERI, de que o método indireto, na verdade, nada mais é do que um arbitramento.¹⁸

O modelo de tratado da OCDE admite, em seu art. 7, tanto o método direto quanto o método indireto, desde que, em relação a este, sejam utilizados critérios que conduzam a resultados compatíveis com o princípio *arms length*.

Com essas considerações preliminares, avança-se aqui no exame dos métodos internacionalmente utilizado na identificação do preço de transferência através da aplicação do princípio *arm's length*. O primeiro passo na aplicação do aludido princípio consiste na análise das funções, dos riscos e dos custos econômicos de cada unidade da corporação transnacional (*functional analysis*) com o fito aferir o grau de relacionamento entre elas. Inclui-se, nessa análise, geralmente, o exame dos seguintes aspectos:

- i) a natureza dos bens transferidos (mercadorias, direitos, serviços etc.);
- ii) as funções das partes envolvidas na transação (produção, distribuição, pesquisa etc.);
- iii) as receitas, as despesas e os ativos empregados por cada parte no desempenho de suas funções;
- iv) os riscos assumidos por cada parte no desempenho de suas funções;
- v) os termos contratuais da transação;
- vi) as circunstâncias de mercado no momento da transação (competição, regulamentação etc.);

¹⁸ SCHOUERI, Luis Eduardo. *Op. cit.*, p. 61.

- vii) as estratégias negociais de cada parte ao realizar a transação (expansão de mercado, promoções etc.).

A seguir, com suporte nos aspectos examinados através da análise funcional, são adotados, tanto pela seção 482 do *Internal Revenue Code* quanto pela OCDE, os seguintes métodos na apuração do preço de transferência em consonância com o princípio *arm's length*:¹⁹

a) Transferência de bens tangíveis:

- i) **método do preço sem interferência comparável** (*comparable uncontrolled price method - CUP*): leva-se em conta, aqui, a semelhança das transações com transações realizadas por empresas não coligadas, bem assim a similitude dos itens negociados. Esse método, quando aplicável, é preferível aos demais métodos;
- ii) **método do preço de revenda** (*resale price method - RPM*): se o método CUP é inaplicável, aplica-se o método RPM, o qual consiste na subtração de um percentual de lucro (*mark up*) do preço de revenda a uma empresa não coligada;
- iii) **método do custo adicionado à margem de lucro** (*cost plus method- CPM*): consiste este método na aferição do preço de transferência através da adição de um percentual de lucro aos custos da produção;

¹⁹ Destaca AMARAL que o *Internal Revenue Service* [receita federal] americano, embora adotes métodos similares aos adotados pela OCDE para identificação dos preços de transferência de acordo com o princípio *arm's length*, destaca-se pela rigidez com que aplica suas determinações e pelo maior detalhamento exigido na documentação do contribuinte (AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues. *Op. cit.*, p. 24-25).

- iv) **método da razoabilidade** (*reasonableness method*): quando nenhum dos métodos acima pode ser aplicado, são empregados, então, os chamados métodos razoáveis ou métodos globais, entregues à criatividade das administrações tributárias, os quais se desdobram nos seguintes métodos: **a) lucros comparáveis**: comparação do lucro total da empresa com os lucros de empresas não coligadas; **b) taxa de retorno sobre ativos**: comparação das taxas de retorno sobre ativos com as taxas de retorno das empresas não coligadas do mesmo setor e sob as mesmas circunstâncias; **c) divisão de lucros**: divisão do lucro total do grupo entre as diversas unidades da corporação transnacional.

Nos Estados Unidos, a seleção de qualquer método na apuração do preço de transferência poderá ser julgada razoável, e portanto eximindo a empresa de eventuais multas, somente se, aos olhos do *Internal Revenue Service - IRS*, o método utilizado corresponder à medida mais precisa do preço sem interferência. Para esse fim, o IRS leva em conta os seguintes fatores:

- i) o conhecimento e a experiência da empresa em preços de transferência;
- ii) a suficiência de dados para a aplicação do método escolhido;
- iii) os procedimentos da empresa na observação dos regulamentos sobre preços de transferência;
- iv) a necessidade da empresa de consultoria especializada.²⁰

²⁰ BATTERSBY, Mark E. "Transfer pricing: multinationals most taxing concer", in *Area Development Online*, site <http://www.area-development.com/DEC9611.HTM>. Segundo OHANA, em países como Canadá, EUA e Japão, as empresas que efetuarem transações comerciais com empresas associadas, não residentes, são obrigadas, além da declaração de impostos, a preencherem, anualmente, um formulário com informações sobre: i) Empresas associadas com as quais transacionou e; ii) valor das transações, inclusive *royalties*, empréstimos, juros, dividendos pagos/recebidos, comissões, adiantamentos e investimentos. Na Inglaterra, não há questionário padrão anual, e cada caso de auditoria resulta em demanda específica de informações. Os questionários padrões anuais não substituem, onde exigidos, as informações detalhadas, quando da instrução de um processo de auditoria. Uma das maiores dificuldades nas auditorias de preços de transferência é a obtenção de informações do exterior. Na maioria dos países, as empresas residentes são responsáveis pelo fornecimento das informações referentes às coligadas estrangeiras. Contudo, essa exigência é limitada por barreiras legais, uma vez que as coligadas não se encontram sob a jurisdição do país que iniciou o processo. Na Alemanha, em caso de não cooperação, as autoridades ajustam a renda por estimativa. No Japão, as empresas residentes são obrigadas a fornecer cópias dos livros e registros das coligadas estrangeiras. O não

a) Transferência de bens intangíveis

Além da transferência de bens tangíveis, as corporações transnacionais realizam também operações envolvendo a transferência de bens intangíveis. Anota OHANA que as empresas recuperam custos de pesquisa e desenvolvimento (marcas e patentes) através da distribuição desses custos entre as empresas coligadas, principalmente através da divisão de custos (*cost sharing*), taxa de serviço, fundo mútuo de despesas (*cost funding*) e pela participação direta, em determinado serviço, de diferentes unidades de uma corporação transnacional, com a transferência, todavia, apenas do valor líquido da transação (*set-off*).²¹

Comercializam ainda as corporações transnacionais, intrafirma, outros bens intangíveis tais como assistência técnica, empréstimos financeiros, seguros e comissões sobre projetos. Nesse caso, têm as autoridades tributárias de investigar se os preços praticados correspondem a serviços efetivamente prestados, visto que somente no caso da efetiva prestação do serviço é que as despesas respectivas podem ser deduzidas da base de cálculo da tributação.

Na determinação do preço sem interferência de um serviço prestado por uma empresa coligada a outra empresa do mesmo grupo, a primeira consideração levada em conta pela seção 482 do *Internal Revenue Code* é que esse serviço deve ser remunerado, não se cogitando, em tal caso, da prestação de serviços gratuitamente. Ocorrendo a prestação gratuita ou por valor aquém do valor que teria sido pago pelo mesmo serviço por uma empresa não coligada, cabe à administração tributária fazer os ajustes necessários, mediante apuração de quanto teria sido pago, por uma empresa não coligada, pelo mesmo serviço em circunstâncias análogas.

Quando não for possível encontrar transações similares àquelas realizadas entre duas empresas não coligadas tendo por objeto um bem intangível, é necessária a utilização de

cumprimento implica estimativa *ad hoc* da renda pelas autoridades (método de custo, de revenda ou margem de lucro). A renda alocada é presumivelmente válida e a companhia deve, em prazo determinado, apresentar evidências em contrário, caso deseje anular a avaliação e carga tributária decorrente. Na Inglaterra, as empresas devem apresentar informações sobre o seu próprio método de preço de transferência, assim como das demais empresas coligadas (OHANA, E. Felipe, *Op. cit.*, p. 281).

²¹ OHANA, E. Felipe. *Idem.*, p. 277.

outros métodos para apurar se o preço praticado corresponde efetivamente a um preço sem interferência.

A seção 482 do *Internal Revenue Code*, com a emenda adicionada em 1986, passou a determinar que os pagamentos feitos a empresas coligadas, a título de transferência ou de licença para intangíveis, deve ser proporcionais à renda obtida com a utilização do bem transferido ou licenciado (*commensurate with the income*).

Em 1988, publicou-se no Estados Unidos um documento, denominado *White Paper*, no qual restaram explicitados os procedimentos a serem adotados na apuração dessa proporcionalidade. Segundo o relatório, o preço de transferência de um bem intangível deve ser apurado através dos seguintes procedimentos, os quais deram origem ao método denominado *Basic Arm's Length Method - BALRM*: a) *análise das funções*, dos riscos e dos custos de cada unidade da corporação transnacional, alocando-se a renda resultante da utilização do bem intangível de acordo com os benefícios desse bem para cada unidade do grupo empresarial; b) *ajustamentos periódicos dos pagamentos* de modo que as mudanças de rentabilidade dos bens intangíveis ao longo do tempo, os riscos e os custos de cada unidade do grupo transnacional sejam levadas em conta na aplicação do padrão *arm's length*.

Conhecidos as variantes metódicas utilizados na implementação do princípio do preço sem interferência, cabe agora dar espaço aos argumentos brandidos contra a sua adoção.

Segundo PICCIOTO, os mais de vinte anos da experiência americana sobre a regulação dos preços de transferência demonstraram que na maioria dos casos não foi possível encontrar parâmetros externos para a comparação dos preços praticados pelas corporações transnacionais em suas operações intrafirma. Um relatório do próprio Tesouro americano revelou que do total de 174 ajustes dos preços de transferência de bens tangíveis, apenas em 36 (20% do total) foi possível a utilização do *método do preço sem interferência comparável (CUP)*. Conclui o citado autor que evidência estatística é uma significativa indicação de que há sérias dificuldades na implementação do princípio do preço sem interferência com base no método comparativo, visto que a avaliação qualitativa dos fatores envolvidos torna muito difícil, senão impossível, estabelecer com certeza a

comparabilidade de preço dos itens negociados. Além disso, poucas autoridades tributárias têm tempo e experiência para esse processo.²²

Em relação aos bens intangíveis (propriedade artística, intelectual ou científica), aduz PICCIOTTO que a sua peculiar natureza lhes conferem características peculiares de custos e lucros, sendo o problema essencial, aqui, a incerteza e o risco, dada a impossibilidade de se medir, antecipadamente, os ganhos que deles poderão advir.

Assim, diante dessas características, torna-se difícil a aplicação do princípio *arm's length* com base no método comparativo. Por outro lado, é igualmente difícil fixar um preço sem interferência com base nos métodos de custo, visto que o preço de mercado atual da propriedade de um bem intangível não está relacionado aos custos envolvidos na pesquisa e desenvolvimento desse bem.²³

Nessa mesma linha, assinala LESTER que a própria OCDE reconhece que o princípio *arm's length* é inerentemente falho, na medida em que não leva em conta a realidade econômica criada por empresas coligadas. Além disso, a teoria da entidade separada (*separate entity*), falha em não considerar fatores como a economia de escala e cooperações sinérgicas.²⁴

Os principais problemas na aplicação do princípio do preço sem interferência foram sintetizados por OHANA em um bem elaborado rol aqui tomado de empréstimo em paráfrase bem próxima da literalidade pela objetividade do seu conteúdo:

- i) as empresas multinacionais podem praticar preços diferentes dos preços praticados entre empresas não coligadas porque, nas transações dentro de um mesmo grupo empresarial, os produtos geralmente vêm acompanhados de outros serviços, o que quase não se verifica nas transações realizadas entre duas empresas não coligadas;

²² PICCIOTTO, Sol. *Op. cit.*, p. 197 e 199.

²³ PICCIOTTO, Sol. *Idem.* p. 213.

²⁴ LESTER, Eugen E. "International transfer pricing rules: unconventional wisdom". Site: <http://www.nsulaw.nova.edu/pubs/journal/vol2-1/lesttext.htm>.

- ii) Mesmo as empresas não coligadas podem efetuar vendas com prejuízo ou com preços abaixo dos de mercado quando se cuidam de produtos complementares, reduzindo-se o preço de um componente para conseguir vender seu complemento com maior rentabilidade;
- iii) As empresas multinacionais conseguem operar em uma escala de comercialização que uma empresa não coligada não conseguiria. Por isso, é razoável que o preço praticado entre as diversas unidades do grupo, em razão do volume de venda, seja diferenciado;
- iv) As empresas multinacionais, por estarem estruturalmente integradas, podem comercializar componentes exclusivos, sem referencial externo para comparação, exigindo das autoridades tributárias a utilização de métodos alternativos de controle;
- v) Os preços praticados por empresas não coligadas em transações semelhantes geralmente não são do completo conhecimento da empresa multinacional, na data da transação, devendo as autoridades tributárias, nesse caso, levar em conta também o grau de incerteza da empresa quanto ao preço de mercado;
- vi) No caso de pagamentos diferidos em outro país, as corporações transnacionais estão sujeitas a oscilações cambiais que, se não levadas em conta pelas autoridades tributárias, podem provocar distorções no preço praticado.

Em relação aos bens intangíveis, aponta OHANA os seguintes problemas específicos:

- i) Na maioria dos países da OCDE, os pagamentos ao exterior são isentos de impostos referentes aos serviços prestados por empresa do exterior à empresa doméstica, desde que a prestadora do serviço não tenha domicílio no país. No caso da empresa multinacional, todavia, a prestação de serviços pela matriz à sua coligada pode ter o propósito de remeter lucros à matriz;

- ii) O conceito de preço sem interferência não se coaduna com o preço cobrado pelo serviço de pesquisa tecnológica pela simples razão de que não existem preços de mercado para segredo tecnológico. Além disso, como as empresas detentoras de tecnologia têm o monopólio no seu ramo, as transações feitas não encontram paradigmas que sirvam de referência à aplicação do princípio do preço sem interferência;
- iii) Para as empresas multinacionais, a estratégia de financiamento através de empréstimos de empresa coligada pode ser menos onerosa do que o aporte de capital, na medida em que pode haver a transferência de lucro sob a forma de juros. O problema é que quando o pagamento de juros é classificado como remessa de capital e tributado na forma da lei, os recursos remetidos são reclassificados contabilmente, com a redução de capital da empresa que efetuou a remessa, fazendo com que a depreciação continue incidindo sobre um estoque de capital que deveria ter sido reduzido na proporção do valor remetido. Registra OHANA que para evitar um ajuste secundário, alguns países, como os Estados Unidos e o Canadá, admitem que a empresa receptora dos recursos remeta de volta o capital sem consequências tributárias.²⁵

²⁵ OHANA, E. Felipe. *Op. cit.*, p. 280.

2.3 Mecanismos Alternativos

A aplicação das normas sobre preços de transferência exige das empresas elevados custos na formatação de suas operações em conformidade com o princípio do preço sem interferência. Além disso, alegam as empresas que os métodos adotados no controle dos preços de transferência têm resultado numa excessiva interferência do Estado no livre jogo do mercado. Sustentam ainda as empresas que a imprevisibilidade dos resultados das auditorias realizadas pelas administrações fiscais dos diversos países onde operam sujeitam-nas permanentemente a um estado de incerteza acerca de suas obrigações tributárias.

Em razão dessa imprevisibilidade, ao lado das dificuldades encontradas pelas próprias administrações tributárias no monitoramento dos preços praticados pelas corporações transnacionais, têm sido utilizados alguns mecanismos alternativos de controle dos preços de transferência com o objetivo de melhorar a visibilidade, por parte das empresas, da carga tributária que devem suportar, reduzindo, conseqüentemente, os custos operacionais decorrentes da estruturação de unidades voltadas exclusivamente para o acompanhamento de preços em suas operações intrafirma.

As três principais modalidades alternativas de controle são a *banda de preços (safe harbour)*, a *regra de ajustamento mínimo (de minimus rule)* e o *acordo prévio de preços (advance pricing arrangement)*.

A banda de preços, ou o chamado “porto seguro” (*safe harbour*), consiste no estabelecimento, antecipadamente, de uma margem para os preços de transferência de forma que os preços que estiverem no intervalo predefinido, serão aceitos sem questionamentos. A OCDE não recomenda, todavia, a adoção dessa sistemática por entender que os preços assim estabelecidos podem não coincidir com a multiplicidade de circunstâncias com que defrontam cada empresa em suas operações, ainda que operando sob condições semelhantes, o que resultaria em distorções no preço assim preestabelecido.

Nos Estados Unidos, segundo OHANA, só há *safe harbour* para as taxas de juros e o *White Paper* não recomenda a extensão dessa prática para outros seguimentos.²⁶

Dada a complexidade das operações realizadas pelas corporações transnacionais e a conseqüente dificuldade de aferição segura do preço sem interferência em transações muitas vezes sem qualquer paralelo com atos negociais de empresas não coligadas, é natural que haja discordância, entre as autoridades tributárias e a empresa avaliada, sobre o resultado das auditorias realizadas, mesmo depois de demoradas investigações. Para reduzir esse atrito entre as partes, têm sido adotadas por alguns países regras dispensando o ajuste de preços (*regra do ajustamento mínimo*) quando a discrepância estiver dentro de determinada margem (*safety zone*).

Das três alternativas de controle acima indicadas, a que tem merecido maior atenção é a do *acordo prévio de preços (advance pricing arrangement)*. Essa alternativa foi introduzida pela OCDE em 1995 na revisão de suas orientações sobre preços de transferência, incluindo-se, em seu relatório, uma seção onde é discutido e definido o conceito de *advance pricing agreement*, suas vantagens e desvantagens e algumas recomendações.

A OCDE define o *advance pricing agreement (APA)* como um acordo em que são estabelecidos, com antecedência, os critérios a serem observados na determinação do preço de transferência nas operações entre empresas coligadas durante determinado período. O acordo é formalmente iniciado pelo contribuinte e envolve negociações entre ele e uma ou mais administrações tributárias.²⁷

Um acordo prévio de preço envolvendo mais de um país é sempre preferível a um acordo bilateral, assim entendido o acordo envolvendo apenas a corporação transnacional e um país. Sugere a OCDE que onde um acordo unilateral for negociado, as autoridades tributárias dos países afetados por esse acordo devem ser informadas, o mais rápido

²⁶ OHANA, E. Felipe. *Op. cit.*, p. 280.

²⁷ OCDE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. *Loc. cit.*

possível, para que manifestem o eventual interesse em um acordo multilateral, assim entendido o acordo que envolve a corporação transnacional e mais de um país.

É certo que o sistema tributário de muitos países não comporta acordos em matéria de tributação, o que não inviabiliza a adesão desses países a um tratado internacional sobre a matéria, desde que os compromissos internacionais sejam efetivamente introduzidos no ordenamento interno no mesmo plano das normas constitucionais.

Aponta SPARKES, Diretor do Grupo de Serviços sobre Preços de Transferência do Escritório da Coopers & Lybrand em Londres, as seguintes vantagens no entendimento negocial sobre os preços de transferência:²⁸

- i) O acordo prévio de preços oferece ao contribuinte e às autoridades tributárias a oportunidade de considerar as questões sobre os preços de transferência de modo menos controvertido e com maior flexibilidade do que no ambiente de confronto de uma auditoria fiscal, com economia de tempo e dinheiro.
- ii) O acordo prévio de preços, quando multilateral, pode reduzir a possibilidade de dupla tributação, além de propiciar às administrações tributárias uma melhor compreensão das operações do contribuinte, e, do lado deste, um melhor nível de certeza sobre o futuro tratamento de suas transações internacionais.

Por outro lado, aponta SPARKES as seguintes desvantagens do acordo prévio sobre os preços de transferência:²⁹

- i) O acordo bilateral pode ser um problema na medida em que não elimina a possibilidade de dupla tributação. Além disso, essa espécie de acordo pode estimular a corporação transnacional a alocar suas rendas em países

²⁸ SPARKES, Keith. *“Advance pricing arrangements”*. <http://www.trs/jun97/sek020/sam>.

²⁹ SPARKES, Keith. *Idem*.

que admitem o acordo prévio sobre os preços de transferência, com repercussões indesejáveis, do ponto de vista tributário, em países que não adotam esse sistema de controle. Ajunte-se a isso que os acordos prévios podem não ser flexíveis o bastante para refletir as mudanças nas condições de mercado.

- ii) Há o perigo de que a administração tributária possa enxergar, através de um acordo de preços, mais dados que seriam obtidos através de uma auditoria normal. Outros problemas adicionais dizem respeito à confidencialidade de determinadas informações e a dificuldades na aplicação de um acordo prévio de preços em relação ao pequeno contribuinte.

As alternativas de controle aqui expostas são mais uma evidência do quão problemático é o tema dos preços de transferência, sobretudo quanto às as metas que devem ser seguidas pelas autoridades tributárias na aplicação do princípio do preço sem interferência. De um lado, têm as normas tributárias sobre essa matéria a característica de normas contra a elisão fiscal no plano internacional, razão pela qual deveriam ser aplicadas apenas nos casos de claros indícios da ocorrência de elisão fiscal. Por outro lado, não há como não reconhecer a sua utilidade como instrumentos de medição de renda para fins tributários. Resta saber, todavia, se essas metas estão sendo alcançadas, o que será verificado no capítulo final desta dissertação.

3 PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA NO BRASIL E NO MERCOSUL

O processo de construção de um mercado comum no Cone Sul ganhou alento com a assinatura do Tratado de Assunção, firmado em 26 de março de 1991 entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, entrando em vigor em 29 de novembro do mesmo ano.

Estabelece o art. 1º do Tratado que o Mercado Comum do Sul – MERCOSUL implica: a) a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países através da eliminação dos direitos alfandegários; b) o estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamento de Estados; c) a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados-Partes de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegária, de transporte e comunicações e outras que se acordem; d) o compromisso dos Estados-Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.

Embora a tributação da renda não tenha sido mencionada entre os objetivos do Tratado, a harmonização da legislação tributária sobre esse item é de fundamental relevância para a integração regional, sobretudo para eliminar as conhecidas disputas entre os Estados-Partes em relação à atração do investimento das corporações transnacionais.

Por isso a importância do conhecimento dos pontos de divergência entre as legislações dos países integrantes do MERCOSUL quanto ao tema dos preços de transferência, tópico em ebulição no campo da tributação internacional e sempre levado em conta pelas corporações transnacionais quando da decisão de investimento em determinado país, dada a repercussão da legislação tributária doméstica sobre o planejamento estratégico dessas corporações.

O capítulo está dividido em três partes. Na primeira parte, situa-se o tema sob a ótica do tratamento legislativo dos preços de transferência no Brasil antes do advento da legislação específica sobre a matéria. Na segunda parte, são examinadas os métodos de controle dos preços de transferência previstos na legislação brasileira específica e as

questões por ela suscitadas. Por fim, na terceira parte, avança-se na descrição de alguns aspectos do tratamento jurídico do tema pelos demais países MERCOSUL.

3.1 Antecedentes no Brasil

Até o advento da Lei n. 9.430/96, não havia no Brasil suporte legal específico de controle dos preços de transferência para efeito de contenção da elisão fiscal internacional por essa via. A valoração das mercadorias importadas e exportadas era feita apenas para fins de tributação aduaneira e controle cambial. Tem este tópico por objeto dar a conhecer as normas esparsas em que se fundavam o controle de preços na exportação e importação de mercadorias no Brasil antes da promulgação da legislação específica.

Em relação às mercadorias importadas, a valoração para fins de apuração da base de cálculo do imposto de importação é feita mediante aplicação dos critérios do art. VII do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), hoje OMC, em vigor desde julho de 1996, cabendo à Secretaria da Receita Federal a fiscalização e aplicação dos aludidos critérios.

Estabelece o art. 1^a, parágrafo 2º, *b*, do citado Acordo que “*em caso de venda entre pessoas vinculadas, o valor da transação será aceito se o importador demonstrar que tal valor se aproxima do valor de transação em vendas a compradores não vinculados, de mercadorias idênticas ou similares destinadas à exportação para o mesmo país de importação.*”

Na impossibilidade de aplicação desse método (Valor de Transação), prevê o Acordo a aplicação do método Dedutivo, ou de Revenda, e, alternativamente, o método do Valor Computado.

Quanto ao controle dos preços de importação para fins cambiais, regula a matéria o art. 16 da Portaria DECEX 8/91, a qual especifica que o valor das transações deve ser comprovado por cotações de bolsas internacionais de mercadorias, publicações especializadas, lista de preços dos fabricantes estrangeiros, preço declarado pelos importadores e contrato de fornecimento de bens de capital, estando o controle a cargo da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX), órgão sucessor do Departamento de Comércio Exterior (DECEX).

No tocante aos preços de exportação, o respectivo controle, igualmente para fins cambiais, está regulamentado pelo art. 36 da Portaria SCE 2/92, segundo o qual “*o preço praticado na exportação deverá ser o corrente no mercado internacional para o prazo pactuado, cabendo ao exportador determiná-lo com a conjugação de todos os fatores que envolvam a operação, de forma a preservar a respectiva receita cambial.*”

Com relação aos bens intangíveis, a disciplina tributária cingia-se às normas consolidadas nos 291 e 294 do Regulamento do Imposto sobre a Renda (RIR/94), os quais estabelecem as seguintes condições para a dedutibilidade das despesas com bens dessa natureza: a) efetiva prestação do serviço; b) prova do pagamento do serviço; c) limitação do prazo para deduzir despesas com assistência técnica ao cinco primeiros anos da introdução do processo de produção; d) registro do contrato junto ao INPI e ao Banco Central; e) dedução limitada a 5% da receita líquida de vendas do produto fabricado;

A partir de dezembro de 1991, passou a ser dedutível a despesa com *royalty* paga à pessoa domiciliada no exterior que detenha, direta ou indiretamente, o controle do capital votante da empresa residente no Brasil, não sendo dedutível, todavia, a despesa com *royalty* entre matriz e filial.

Até dezembro de 1993, a fiscalização dos contratos envolvendo *royalties* era feita pelo INPI, não se registrando contratos cujos pagamentos excedessem os valores de mercado. A recusa do INPI implicava a impossibilidade de registro do contrato no Banco Central, impedindo a remessa financeira. A partir daquela data, o INPI deixou de fiscalizar as despesas com *royalties*, aceitando para registro os valores negociados entre as empresas envolvidas, mesmo no caso de despesas entre matrizes e filiais.¹

Por fim, merece menção o art. 432 do Regulamento do Imposto sobre a Renda, o qual, dispondo sobre a *distribuição disfarçada de lucros*, veicula matéria diretamente relacionada ao preço de transferência. Prevê esse dispositivo que “*o preço de mercado é o montante em dinheiro que o vendedor pode obter em uma transação de mercado. Se não houver nenhuma transação de mercado com o bem em questão, a determinação do preço se fará em relação a um produto similar. Se não houver mercado ativo para o bem, o*

¹ OHANA, Felipe E. *Op. cit.*, p. 287.

*preço será determinado levando-se em conta negociações recentes do mesmo bem ou de um similar.”*²

Segundo OHANA, a valoração aduaneira para fins de imposto de importação apresenta uma legislação cujos conceitos estão muito próximos dos praticados nas economias mais desenvolvidas, enquanto que a legislação sobre o controle de preços de exportação e importação, de responsabilidade da SECEX, é menos coincidente com as normas internacionais.³

A metodologia de valoração aduaneira, dessa forma, era a que mais se aproximava da metodologia padrão internacional de valorização do preço sem interferência, com a desvantagem de ser voltada, essencialmente, para transações relativas a bens tangíveis.

O Regulamento do Imposto sobre a Renda, em especial sobre a transferência disfarçada de lucros, carecia, assim, de aperfeiçoamentos técnicos para se equiparar à metodologia internacional sobre preços de transferência.

² Adverte XAVIER que “a transferência indireta de lucros através da manipulação dos preços de transferência distingue-se da distribuição disfarçada de lucros do direito brasileiro, pois embora tenha de comum com ela a atribuição de uma vantagem patrimonial, por via oblíqua, esta só corre nas relações entre uma pessoa jurídica e seus sócios, ou pessoas ligadas, enquanto a transferência indireta de lucros através da manipulação dos preços de transferência é mais ampla, porquanto também abrange a atribuição de vantagens a terceiros. Por outro lado, o instituto da transferência indireta através dos preços de transferência foi moldado tendo em vista as relações internacionais, enquanto a distribuição disfarçada de lucros contempla apenas as relações internas, ao menos como se encontra desenhada entre nós” (XAVIER, Alberto. *Op. cit.*, p. 259).

³ OHANA, Felipe E. *Op. cit.*, p. 288.

3.2 O Regime Tributário dos Preços de Transferência no Brasil

No Brasil, o preço de transferência está regulado pelos artigos 18 a 24 da Lei 9.430/96, regulamentada pela Portaria Ministerial n. 95/97, do Ministério da Fazenda, e pela Instrução Normativa n. 38/97, da Secretaria da Receita Federal. Na exposição de motivos da lei aprovada, destacou o Ministro da Fazenda que as normas contidas nos referidos artigos representam significativo avanço na legislação nacional face ao inerente processo de globalização, experimentado pelas economias contemporâneas, com o adendo de que as normas propostas, em conformidade com as regras adotadas pelos países integrantes da OCDE, *“possibilitam o controle dos denominados preços de transferência, de modo a evitar a prática da transferência de resultados para o exterior através da manipulação do preços pactuados nas importações ou exportações de bens, serviços ou direitos, em operações com pessoas vinculadas, residentes ou domiciliadas no exterior.”*⁴

O artigo 18 da referida Lei assim dispõe sobre a metodologia de controle dos preços de transferência de bens, serviços e direitos adquiridos no exterior:

“Art. 18 – Os custos, despesas e encargos relativos a bens, serviços e direitos, constantes dos documentos de importação ou de aquisição, nas operações efetuadas com pessoa vinculada, somente serão dedutíveis na determinação do lucro real até o valor que não exceda ao preço determinado por um dos seguintes métodos:

I - Método dos Preços Independentes Comparados - PIC: definido como a média aritmética dos preços de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, apurados no mercado brasileiro ou de outros países, em operações de compra e venda, em condições de pagamento semelhantes;

II- Método do Preço de Revenda menos Lucro – PRL: definido como a média aritmética dos preços de revenda dos bens e direitos, diminuídos:

a) dos descontos incondicionais concedidos;

⁴ Gazeta Mercantil, 17.10.1996, p. A-16.

- b) *dos impostos e contribuições incidentes sobre as vendas;*
- c) *das comissões e corretagens pagas;*
- d) *de margem de lucro de vinte por cento, calculada sobre o preço de revenda;*

III - Método do Custo de Produção mais Lucro – CPL: definido como o custo médio de produção dos bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, no país onde tiverem sido originariamente produzidos, acrescido dos impostos e taxas cobrados pelo referido país na exportação e de margem de lucro de vinte por cento, calculada sobre o custo apurado.”

Acrescenta ainda o dispositivo que as médias aritméticas dos preços de que tratam os métodos PIC e PRL e o custo médio de produção de que trata o método CPL serão calculados considerando os preços praticados e os custos incorridos durante todo o período de apuração da base de cálculo do imposto sobre a renda a que se referirem os custos, despesas ou encargos (§1º).

No caso do método PIC, somente serão consideradas as operações de compra e venda praticadas entre compradores e vendedores não vinculados (§2º), enquanto que em relação ao método PRL somente serão considerados os preços praticados pela empresa com compradores não vinculados (§3º).

A metodologia prevista no citado artigo não se aplica, todavia, aos casos de royalties e assistência técnica, científica, administrativa ou assemelhada, os quais permanecem subordinados às condições de dedutibilidade constantes da legislação vigente (§9º), no caso, o Regulamento do Imposto de Renda.

Em relação a receitas oriundas de exportações, prevê o art. 19 da referida que as receitas auferidas nas operações efetuadas com pessoa vinculada ficam sujeitas a arbitramento quando o preço médio de venda dos bens, serviços ou direitos, nas exportações efetuadas durante o respectivo período de apuração da base de cálculo do imposto sobre a renda, for inferior a noventa por cento do preço médio praticado na venda dos mesmos bens, serviços ou direitos, no mercado brasileiro, durante o mesmo período, em condições de pagamento semelhantes.

Caso a pessoa jurídica não efetue operações de venda no mercado interno, a determinação dos preços médios a que se refere o *caput* será efetuada com dados de outras empresas que pratiquem a venda de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, no mercado brasileiro. (§1º).

Verificado que o preço de venda nas exportações é inferior a noventa por cento do preço médio praticado na venda dos mesmos bens, serviços ou direitos, no mercado brasileiro, durante o mesmo período, em condições de pagamento semelhantes as receitas das vendas nas exportações serão determinadas tomando-se por base o valor apurado segundo um dos seguintes métodos (art. 19, §3º), considerando-se apenas as operações de compra e venda praticadas entre compradores e vendedores não vinculados (§ 8º):

I – Método do Preço de Venda nas Exportações – PVEx: definido como a média aritmética dos preços de venda nas exportações efetuadas pela própria empresa, para outros clientes, ou por outra exportadora nacional de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, durante o mesmo período de apuração da base de cálculo do imposto de renda e em condições de pagamento semelhantes;

II – Método do Preço de Venda por Atacado no País de Destino, Diminuído do Lucro – PVA: definido como a média aritmética dos preços de venda de bens, idênticos ou similares, praticados no mercado atacadista do país de destino, em condições de pagamento semelhantes, diminuídos dos tributos incluídos no preço, cobrados no referido país, e de margem de lucro de quinze por cento sobre o preço de venda no atacado;

III – Método do Preço de Venda a Varejo no País de Destino, Diminuído do Lucro – PVV: definido como a média aritmética dos preços de venda de bens, idênticos ou similares, praticados no mercado varejista do país de destino, em condições de pagamento semelhantes, diminuídos dos tributos incluídos no preço, cobrados no referido país, e de margem de lucro de trinta por cento sobre o preço de venda no varejo;

IV – Método do Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro – CAP: definido como a média aritmética dos custos de aquisição ou de produção dos bens, serviços ou direitos, exportados, acrescidos dos impostos e contribuições

cobrados no Brasil e de margem de lucro de quinze por cento sobre a soma dos custos mais impostos e contribuições.”

Aduz o art. 21 da citada Lei que os custos e preços médios a que se referem os artigos 18 e 19 deverão ser apurados com base em publicações ou relatórios oficiais do governo do país comprador ou vendedor ou declaração da autoridade fiscal desse mesmo país, quando com ele o Brasil mantiver acordo para evitar a bitributação ou para intercâmbio de informações ou com base em pesquisas efetuadas por empresa ou instituição de notório conhecimento técnico ou publicações técnicas, em que se especifiquem o setor, o período, as empresas pesquisadas e a margem encontrada, bem como identifiquem, por empresa, os dados coletados e trabalhados (incisos I e II), admitindo a Lei, nesse caso, margens de lucro diversas das estabelecidas nos artigos 18 e 19 (§2º).

Ressalva o dispositivo, entretanto, que as publicações, as pesquisas e os relatórios oficiais a que se refere este artigo somente serão admitidos como prova se houverem sido realizados com observância de métodos de avaliação internacionalmente adotados e se referirem a período contemporâneo com o de apuração da base de cálculo do imposto sobre a renda da empresa brasileira (§1º), podendo ainda ser desqualificados pelo Secretário da Receita Federal quando considerados inidôneos ou inconsistentes (§3º).

Em relação aos preços de transferência financeiros, dispõe a precitada Lei que os juros pagos ou creditados a uma pessoa vinculada somente serão dedutíveis para fins de determinação do lucro real, desde que o valor correspondente não exceda ao valor calculado com base na taxa *libor* acrescida de 3% ao ano a título de *spread*, proporcionalizados em função do período a que se referem os juros (art. 22).

Restou expressamente excluída dessa limitação, todavia, os juros pagos ou creditados decorrentes de contratos registrados no Banco Central do Brasil. Nesse caso, vale a taxa de juros constante do contrato registrado e tem por objetivo não inibir a captação de recursos estrangeiros.

Indaga MOSQUEIRA se o art. 22 é aplicável a toda e qualquer espécie de contrato ou apenas ao contrato de mútuo, tendo em vista a menção a essa espécie de contrato no §1º do referido artigo. Inobstante a redação do aludido parágrafo, entende o citado autor que o

referido dispositivo legal aplica-se a toda e qualquer remuneração que se qualifique como juros, com exceção dos contratos registrados no Banco Central.⁵

Isso porque, no dizer do autor, juro representa a remuneração do capital aplicado ou investido, traduzindo verdadeira remuneração de renda fixa e nunca de renda variável. Trata-se de valor pré-estabelecido quando da concretização de determinado negócio jurídico. Portanto, qualquer relação jurídica contratual que contenha obrigação qualificada como juro, deve obedecer aos comandos do art. 22.

No caso de mútuo em que empresa brasileira é credora de empresa vinculada localizada em outro país, estabelece a lei que a empresa mutuante deverá reconhecer, no mínimo, a taxa *libor* mais 3%. No caso de mútuo onde a empresa brasileira é a devedora, o valor que exceder o limite aqui citado deverá ser adicionado ao lucro líquido para efeito de cálculo do imposto sobre a renda.

No art. 23, deixa claro a Lei que o regime jurídico-tributário dos preços de transferência a que ela se refere aplica-se tão somente nos casos em que a pessoa jurídica brasileira estiver contratando com *pessoa vinculada*, sempre um residente e domiciliado no exterior, nunca um residente e domiciliado no Brasil. Assim, as operações que sejam realizadas entre residentes e domiciliados no Brasil, ainda que não respeitem o critérios de comparação dos preços de transferência de bens, serviços ou direitos e dos preços de transferência financeiros, aplicar-se-ão as normas internas de tributação consolidadas no regulamento do imposto de Renda.

São pessoas vinculadas, na definição do art. 23 da citada Lei, a pessoa jurídica brasileira a matriz desta, a filial, a sucursal, a controladora direta ou indireta, a coligada, as associadas por condomínio, consórcio, a pessoa física parente ou afim até terceiro grau, o cônjuge ou companheiro de qualquer dos diretores ou de seu sócio ou acionista controlador em participação direta ou indireta e o agente, distribuidor ou concessionário exclusivos.

⁵ MOSQUEIRA, Roberto Quiroga. "O regime jurídico-tributário dos preços de transferência e a Lei 9.430/96". In: ROCHA, Valdir de Oliveira (org.), *Op. cit.*, p. 99.

Por fim, no art. 24, dispõe a Lei que as disposições relativas a custos e taxas de juros aplicam-se, também, às operações efetuadas por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, residente ou domiciliada em país que não tribute a renda ou que a tribute a alíquota máxima inferior a vinte por cento.

Chama atenção MOSQUEIRA, aqui, para a imprecisão da redação legal quando define em seu texto o país de tributação favorecida (paraísos fiscais), apontando o autor os seguintes exemplos: a) o arquipélago da Ilha da Madeira é território português. No entanto, Portugal não é um país com tributação favorecida, nos termos da dicção legal. Quem apresenta uma tributação favorecida são as empresas que estão sediadas em uma parte do território português considerada zona franca. Seria o mesmo que considerar o Brasil um paraíso fiscal por existir em nosso ordenamento uma franquía legal para as empresas instaladas na Zona Franca de Manaus; b) no mesmo sentido, não seria possível considerar o Uruguai como um País de tributação favorecida, visto que, naquele País, a alíquota do imposto sobre a renda supera o percentual de 20% previsto no art. 24 da lei 9.430/96. Apenas as empresas financeiras ali instaladas é que apresentam benefício fiscal.⁶

Da leitura do cipoal normativo acima reproduzido, constata-se uma particularidade na legislação brasileira em relação à experiência internacional sobre os preços de transferência: embora a legislação brasileira tenha feito uma adaptação dos métodos internacionalmente adotados, nem a OCDE nem a legislação doméstica de seus países membros adotam margens de lucro mínimas, o que, em certa medida, pode até levar à dúvida quanto à efetiva adoção, pela lei brasileira, do princípio *arm's length*.

Em todo caso, embora o Brasil não seja membro da OCDE, as recomendações da OCDE sobre preços de transferência podem e devem servir de valiosos subsídios interpretativos das normas sobre a matéria, *“na medida em que exprimem uma convergência de opinião das Administrações Fiscais dos países mais desenvolvidos”*⁷

⁶ MOSQUEIRA, Roberto Quiroga. *Op. cit.*, p. 101.

⁷ XAVIER, Alberto. “Aspectos fiscais de ‘cost-sharing agreement’”. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Oliveira Rocha, agosto de 1997, n. 23, p. 7.

Conhecidos os métodos e os principais aspectos da legislação específica sobre preços de transferência no Brasil, colacionam-se aqui as algumas questões suscitadas pela citada Lei. Para melhor visualização dos problemas levantados pelos primeiros escritos da doutrina brasileira sobre o tema, cidir-se-ão as questões em dois grupos: um sobre problemas de ordem infraconstitucional e o outro sobre problemas relativos à vulneração de princípios constitucionais da tributação.

Sobre os problemas de ordem infraconstitucional, tem formulado a doutrina os seguintes questionamentos:

- a) a aplicação da regra da similaridade do produto não violaria o art. 108, §1º do CTN, o qual veda a tributação por analogia?
- b) Os incentivos fiscais concedidos aos exportadores devem ser adicionados ao preço médio das vendas para fins de comparação e do ajuste determinado pela lei?
- c) A inversão do ônus da prova quanto à adequação do preço praticado não colidiria com o art. 142 do CTN, o qual transfere à autoridade tributária todos os ônus da imposição fiscal?

Em relação à primeira indagação, sustenta MARAFON que a interpretação da regra da similaridade do produto deverá ser a mais restritiva possível, visto que o CTN veda a tributação por analogia (art. 108, §1º), e, sob forma disfarçada, está o legislador pretendendo utilizar esse recurso para enquadrar situações que a realidade fática não oferece.⁸

Tem razão o citado autor. Enquanto existir norma jurídica com estatura de lei complementar dispondo que o emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei (CTN, art. 108, §1º), não poderá o legislador, através de lei ordinária, utilizar do recurso da similitude de situações fáticas com o propósito de exigir tributos. Nesse sentido, *mutatis mutandi*, decidiu recentemente o STJ no sentido de que, “*cuidando-se de interpretação da legislação tributária sob a réstia da similitude de*

⁸ MARAFON, Plínio J. “Preços de Transferência”. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (org.). *Op. cit.*, p. 99.

atividades, a analogia ou compreensão extensiva não se presta para fincar ato administrativo declaratório com o visio de arquear isenção prevista em lei.”⁹

No tocante à segunda indagação, lembram GUERREIRO e ANDRADE FILHO que os exportadores contam atualmente com uma série de incentivos financeiros e fiscais que foram instituídos com o objetivo de incrementar as exportações e melhorar a balança de pagamentos do País, dentre os quais o crédito presumido do IPI para ressarcimento das contribuições do PIS e Cofins (Medida Provisória 948/95), incentivos fiscais nas operações *draw back* e linhas de crédito com taxa de juros inferiores às de mercado. Sustentam, em seguida, com propriedade, que os incentivos fiscais concedidos aos exportadores devem ser adicionados ao preço médio das vendas para fins de comparação e do ajuste determinado pela lei, porquanto são parcelas componentes do preço do produto exportado, as quais só estão reduzindo os custos (e o preço), porque vêm sendo utilizadas como instrumento da política governamental que encoraja as exportações.¹⁰

Quanto à terceira indagação, sustenta MARTINS que a adoção por lei ordinária e não por lei complementar da prova pré-estabelecida fere o princípio da hierarquia das normas, além de significar a adoção de fato gerador fictício como técnica impositiva, visto que *“sempre que o preço real não corresponder a um dos critérios expostos nos artigos 18 e 19, há de prevalecer o preço real e não os critérios dos artigos 18 e 19, devendo a prova negativa ao preço real demonstrado ser feita pelo Fisco”* por força do art. 142 do CTN, o qual transfere à administração tributária o ônus da imposição.¹¹

A menção a hierarquia entre lei complementar e lei ordinária deve ser debitada a involuntário descuido do autor, ante a evidência de que o campo material da lei complementar demarcado pela Constituição Federal não coincide com o campo material da lei ordinária.

⁹ Superior Tribunal de Justiça. RESP 0079039, 1ª Turma, rel. Min. Milton Luiz Pereira, março/90, *apud* PAULSEN, Leandro. *Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 266.

¹⁰ GUERREIRO, Rutnéa Navarro e ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. “Preços de transferência”. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (org.). *Op. cit.*, p. 116.

¹¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Preços de transferência”. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (org.). *Idem*, p. 34 e 36.

Quanto ao alcance do art. 142 do CTN, cabe aqui os argumentos elegantemente tecidos por COSTA sobre o tema. Partindo da premissa de que o fato gerador da obrigação tributária é algo abstrato antes de ser individualmente exigido, sustenta o autor, que *“mais do que simplesmente uma valoração subjetiva, a importância do lançamento decorre do fato de que se constitui um dos institutos mais típicos do direito tributário, tendo portanto grande importância teórica e sobretudo prática.”*¹²

Sublinha, entretanto, que grande parte da doutrina e mesmo a lei (CTN, art. 142) parece simplesmente olvidar do que acontece na prática, do que se vê acontecer no cotidiano da maioria dos tributos.

Não se discute, segundo o autor, ser o lançamento um procedimento ou ato final, que objetiva constatar a ocorrência da obrigação tributária, identificar o sujeito passivo e principalmente fixar o montante devido. A questão que cabe, de início, na raiz do tema é saber se o *“o lançamento é procedimento privativo da administração, ou se pode (ou é) ser realizado pelo contribuinte”*. Mais do que isso, é fundamental questionar quais atos são lançamento e quais não são.¹³

Constitui, assim, na visão do autor, verdadeiro contra-senso prático sustentar-se que o lançamento é ato privativo da administração e cita como exemplo os três maiores impostos brasileiros: IPI, ICM e Imposto de Renda. Provavelmente em 99% da saída de mercadorias ou produtos industrializados é o contribuinte que realiza cálculos, escrituração e apuração final do tributo devido. Se a administração, em tese, examina estes cálculos, ou se, na prática, simplesmente deixa transcorrer o tempo em relação a mais de 99% das declarações emitidas pelo contribuinte, colhendo pequenas amostras em sua tarefa de fiscalização, isso não invalida o fato de que a atividade fundamental de liquidação foi praticada pelo contribuinte.¹⁴

A realidade legislativa do art. 142 do CTN está, portanto, ainda segundo o citado autor, palpavelmente superada pela dinâmica velocíssima da tributação. E exemplifica: o

¹² COSTA, Carlos Celso Orcesi. *Obrigação, lançamento e relação jurídica tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.148.

¹³ COSTA, Carlos Celso Orcesi. *Idem*, p. 148-149.

art. 142 foi pensado há mais de 25 anos, para sugerir uma participação ativa e onipresente, vinculada e obrigatória, do fisco na apuração do seu crédito. Era a concretização da idéia de que *a autoridade administrativa deveria lançar o imposto através da notificação do contribuinte*. Hoje em dia, são poucos os impostos que seguem esse figurino, o principal deles, talvez, o imposto predial e territorial urbano, calculado pela municipalidade e remetido através de carnês.

Com essas considerações, acentua ser “fundamental compreender que o lançamento é o divisor de águas entre a obrigação privada e a obrigação tributária. Estruturalmente, ambas são iguais. Acidentalmente, as diferenças existentes (fontes, causas, funções, exigibilidade, coercibilidade, executividade) dependem muito da valoração subjetiva, para se concluir se prevalecem as semelhanças, ou se as diferenças serão tais que se conclua por uma autonomia completa da obrigação tributária em relação às obrigações do direito privado.”¹⁵

E conclui o autor: “*mas aquilo que realmente distingue a obrigação tributária da sua congênere de direito privado reside na imprescindibilidade do lançamento para o aperfeiçoamento de sua eficácia vinculante. Não há obrigação tributária sem lançamento*”, lembrando que mesmo as taxas, que ao ver de muitos consubstanciam tributos sem lançamento, na realidade correspondem a uma prévia avaliação do custeio, pelo número imaginado de contribuintes, de tal modo que a quota de cada usuário do serviço corresponda aproximadamente ao benefício que presumivelmente auferirá.”¹⁶

Quanto aos problemas de ordem constitucional suscitados pela Lei n. 9430/96, tem formulado a doutrina os seguintes questionamentos:

- a) Na hipótese do art. 21, onde prevista a possibilidade de utilização, pela administração tributária, de publicações e relatórios oficiais do governo do país do comprador ou vendedor, a impossibilidade, na prática, de o contribuinte contestar os dados constantes desses relatórios, à mingua de elementos para fazê-

¹⁴ COSTA, Carlos Celso Orcesi. *Op. cit.*, p. 149.

¹⁵ COSTA, Carlos Celso Orcesi. *Idem.*, p. 153.

¹⁶ COSTA, Carlos Celso Orcesi. *Op. loc. cit.*

lo, não violaria o *due process of law*? Entendem GUERREIRO e ANDRADE FILHO, com manifesta razão, que sim. Com efeito, se se quedar inviabilizada a defesa do contribuinte quanto à configuração do fato imponible, o obstáculo anteposto viola o princípio constitucional do devido processo legal, o qual pressupõe o contraditório e ampla defesa;

- b) ao pretender que a limitação da dedutibilidade ou o arbitramento do valor da receita sejam aplicados nas operações entre pessoas não-vinculadas residentes ou domiciliadas nos chamados paraísos fiscais, não estaria perpetrando um atentando contra os princípios constitucionais que garantem a livre iniciativa e a isonomia? Lembram os mesmos autores, igualmente com acerto, que embora pareça razoável que a lei brasileira pretenda proteger a receita de tributos evitando a manipulação dos preços de transferência entre pessoas vinculadas, *“não há como aceitar que pretenda o mesmo em relação a pessoas que não podem, ao menos em tese, participar da manipulação que a lei quer evitar”*. Adota a Lei, assim, ao impor uma discriminação em função da localização do exportador ou do importador, um critério desprovido de correlação lógica, ofendendo, com isso, o princípio da isonomia e da livre iniciativa;¹⁷
- c) uma terceira indagação que merece destaque diz respeito às margens de lucro pré-estabelecidas nos artigos 18 e 19 da Lei 9.430/96. Têm sido uníssonas as vozes no sentido de que tais margens constituem verdadeiras ficções legais, incompatíveis com o princípio tributário da legalidade estrita, ao se criar fato imponible fictício.

Em relação a esse ponto, impõe-se aqui o acréscimo de aporte doutrinário contrário a essa tese, com suporte no qual é aqui refutada, desde já, a impossibilidade de adoção, pelo legislador ordinário, de ficções legais em matéria tributária, desde que não distorça os conceitos já definidos em lei de hierarquia superior ou equipare conceitos que não guardem pertinência entre si.

¹⁷ GUERREIRO, Rutnéa Navarro e ANDRADE FILHO. *Op. cit.*, p. 111.

O pressuposto da tributação da renda, no sistema brasileiro, é a “*aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda*” (CTN, art. 43). Nasce a obrigação tributária, portanto, quando ocorrem fatos ou situações que revelam que alguém adquiriu aquela disponibilidade. Se não há a subsunção do fato na hipótese de incidência prevista na lei, daí não decorrerá nenhuma consequência jurídica.

Entretanto, consoante a lapidar lição de MACHADO, pode o legislador, dentro de certos limites, prescrever que a ocorrência de determinados fatos produzirá a obrigação tributária, ainda que eles não se subsumam no pressuposto. É que o legislador, segundo o autor, equipara um fato a outro, de maneira que a ocorrência do fato equiparado produza a mesma consequência de direito produzida pelo outro. No caso do imposto sobre a renda, a ocorrência do fato equiparado fará nascer a obrigação de pagá-lo, ainda que ele não revele a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda ou de proventos de qualquer natureza. Dá-se o nome de *ficção legal* a essa equiparação, que é expediente de técnica legislativa, de que se serve o legislador para fazer uma remissão, em vez de utilizar uma linguagem direta.¹⁸

Ainda segundo o autor, as ficções, que tanto podem equiparar fatos como limitar suas consequências jurídicas, nada mais são do que uma forma especial de remissão. Em lugar de prescrever que a norma *x*, aplicável ao fato *a*, deve aplicar-se também ao fato *b*, pode o legislador apenas equiparar o fato *b* ao fato *a*, de modo que, equiparados, ambos sejam regidos pela mesma norma.

Não tem hoje, prossegue o autor, nenhum sentido a objeção de que as ficções criam conceitos que deturpam a realidade. “*Como observa Karl LARENZ, a lei não contém declarações de ciência, mas comandos de validade. Não pretende transpor para o plano do direito um transunto científico do mundo real. Utiliza conceitos já consagrados, modifica-os, ou cria novos conceitos, apenas para atender ao objetivo que a inspira, sem a pretensão de apresentá-los como verdades de ciência.*”¹⁹ Esta observação, ainda segundo o autor, que se aplica às normas jurídicas em geral, vale também para o direito tributário, em

¹⁸ MACHADO, Brandão. “Distribuição disfarçada de lucros no direito comparado”. In: NOGUEIRA, Rui Barbosa (coord.). *Estudos Tributários*. São Paulo: Resenha Tributária, [19--], p. 180.

¹⁹ MACHADO, Brandão. *Idem*, p. 181.

que as ficções são plenamente admissíveis, ressalvando-se apenas que o legislador não tem a liberdade de modificar, através de ficções, conceitos já definidos na própria Constituição ou de equiparar conceitos contraditórios ou absurdos.

Sustenta o autor, com essas ponderações, que o instituto da distribuição disfarçada de lucros no direito brasileiro explica-se pela técnica das ficções. Os fatos que a lei enumera (.....), não poderiam subsumir-se no pressuposto do imposto sobre a renda, que a aquisição da sua disponibilidade econômica ou jurídica. Nenhuma adequação haveria entre esse pressuposto e aqueles fatos. Mas a lei os equipara a fatos que *realizam o pressuposto*, atribuindo-lhes a produção das mesmas consequências jurídicas produzidas pela ocorrência dos fatos tomados como modelo. “*O uso de ficções, no caso, não vulnera nenhum preceito de ordem superior, nem estabelece equivalências que possam conduzir ao absurdo.*”²⁰

Depois de lembrar que alguns autores explicam o instituto, em nosso direito, como se tratasse de presunções *juris tantum*, por estar a lei considerando como verdadeira uma duvidosa distribuição de lucros, pontifica que a lei, ao equiparar fatos para dá-los como suficientes à verificação do pressuposto do tributo, faz apenas a remissão a uma outra norma que deve ser aplicada aos fatos equiparados, não sendo possível ao intérprete discutir o acerto dessa equiparação. Se a lei estabelece que tais ou quais fatos produzirão tais ou quais consequências, estas, que decorram da aplicação da lei sobre os fatos, não podem ter sua eficácia condicionada à investigação sobre se aqueles fatos são aptos, ou não, para produzir os efeitos previstos pela lei. “*É possível que, nas considerações que presidiram à elaboração da norma, o legislador tenha presumido a distribuição de lucros nos fatos que equiparou, mas essa presunção escapa ao exame do intérprete, quando constata, in concreto, a perfeita adequação entre os fatos e as hipóteses que os tipificam.*”²¹

A lei brasileira aqui sob exame silenciou-se quanto aos acordos de repartição de custos (*cost-sharing agreements*), tema inserido no quadro dos preços de transferência, mas nisso não destoou dos demais países. Conforme XAVIER, a própria OCDE reconhece que, com exceção dos Estados Unidos, a generalidade dos países não tem experiência de

²⁰ MACHADO, Brandão. *Op. cit.*, p. 181-182.

²¹ MACHADO, Brandão *Idem*, p. 182-183.

acordos de repartição de custos, concernentes ao regime aplicável às receitas de um centro de pesquisa situado em seu território.²²

Os acordos de repartição de custos (.....) têm por objeto, segundo o citado autor, as situações, via de regra existentes nos grupos multinacionais, em que uma empresa do grupo (normalmente a “Sociedade-Mãe”) ou uma entidade de propósito específico (“Centros de Serviços do Grupo”) realiza despesas em proveito de todas ou parte das demais sociedades integrantes do grupo.

A finalidade dos referidos acordos consiste precisamente em determinar o modo como e em que medida estas últimas sociedades devem compartilhar dos “custos” incorridos pela primeira no interesse delas, ressarcindo-os através do pagamento de “preços” adequados, o que pode ser determinado por método direto ou por método indireto.²³

Os custos incorridos por uma empresa no interesse de outras do mesmo grupo respeitavam não apenas a pesquisa e desenvolvimento a que se referiam os Atos Normativos 116/93 e 120/93 do INPI (hoje expressamente revogados pelo Ato Normativo 135/97), mas ainda a serviços de *marketing*, divulgação, informação de conjuntura, métodos de gestão, assistência na cobrança, assessoria jurídica e contábil, programação, coordenação, controle orçamentário, consulta financeira, serviços de informática, assistência no domínio da produção, das compras, da distribuição e comercialização.

No direito tributário brasileiro, ainda segundo o autor, a questão da dedutibilidade dos dispêndios efetuados ao abrigo de *cost-sharing agreements* tem que ser examinada face aos requisitos gerais de dedutibilidade das despesas estabelecidas no art. 242 do RIR/94, segundo a qual “*são operacionais as despesas não computadas nos custos necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora*”,

²² XAVIER, Alberto. “Aspectos fiscais de ‘cost-sharing agreement’”, p. 7.

²³ XAVIER. *Idem*, p. 9 e 14. Sobre método direto e indireto na alocação de resultados entre as diversas unidades de um mesmo grupo transnacional, ver Capítulo 2, p 40-41. A legislação brasileira, segundo SCHOUERI, adota o método direto para a apuração dos lucros das filiais, extraíndo-se tal conclusão da exigência de manutenção de contabilidade em separado tanto para as filiais, no País, de empresa domiciliada no exterior (art. 197 c/c art. 199 do RIR/94) como para as filiais, no exterior, de empresa sediada no território nacional, na forma do art. 25, §2º, I, da Lei 9.249/95 (SCHOUERI, Luís Eduardo. “Preços de transferência e acordos de bitributação”. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. *Op. cit.*, p. 61).

acrescentando o §1º que “*são necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações de operações exigidas pela atividade da empresa*”.²⁴

No que concerne à prestação de serviços, a lei brasileira (Decreto-Lei nº 1.418/75 e art. 785 do RIR/94 dispõe que “o imposto de 25% (alíquota reduzida para 15% pela Lei n. 9.249/95) de que trata o artigo 77 da Lei nº 3.240, de 28 de novembro de 1958, incide sobre os rendimentos de *serviços técnicos* e de *assistência técnica, administrativa e semelhante* derivados no Brasil e recebidos por pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior, independentemente da forma de pagamento e do local e data em que a operação tenha sido contratada, os serviços executados ou assistência prestada.”

O Decreto-Lei nº 1.446/76 veio contemplar certas hipóteses de isenção deste imposto, mas ele foi expressamente revogado pelo artigo 32 do Decreto-Lei 2.433/88. Assim, segundo XAVIER, a aplicação pura e simples da lei interna brasileira conduziria inevitavelmente à retenção do imposto sobre a renda na fonte de 15% nos pagamentos efetuados a residentes no exterior, incidentes sobre o valor bruto do pagamento dos serviços de qualquer natureza.²⁵

A verdade, todavia, segundo o autor, é que o “preço” pago pela venda de serviços (tal como o preço pela importação de mercadorias) não constitui renda, mas mera *receita bruta, pagamento de capital*, da empresa estrangeira. A verdadeira renda será o eventual “lucro” da empresa estrangeira e este só pode ser apurado no estrangeiro, face à comparação entre a totalidade das suas receitas operacionais e a totalidade dos seus custos e despesas.²⁶

Além das questões levantadas pela doutrina, acima sintetizadas, algumas questões têm sido articuladas pelo setor privado brasileiro na análise das implicações das regras de preços de transferência, conforme didática enumeração elaborada por AMARAL e abaixo reproduzida com pequenas adaptações.²⁷

²⁴ XAVIER, Alberto. *Op. cit.*, p. 16.

²⁵ XAVIER, Alberto. *Idem*, p. 21.

²⁶ XAVIER, Alberto. *Ibidem*, p. 21-22.

²⁷ AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do. “O preço de transferência no Mercosul”. In: CAMPOS, Djalma de. *Op. cit.*, p. 52-54.

- i) impossibilidade comercial de obtenção, junto às matrizes localizadas no exterior, das margens de custo e lucratividade a serem utilizadas para fins de aplicação das regras de preço de transferência de acordo com a legislação brasileira;
- ii) dificuldade de identificação, no mercado brasileiro, de operações comparáveis, pela ausência de estatística do setor
- iii) a grande variedade de peças na produção de determinados tipos de produtos, por exemplo veículos (milhares de partes em determinados modelos), torna administrativamente complexa a identificação do preço de transferência considerada para cada parte independentemente, uma vez que parcela importante é importada de partes vinculadas;
- iv) a inserção de agentes, distribuidores ou concessionários como partes vinculadas para fins de preço de transferência (Lei 9.430/96) promove uma dificuldade adicional, pois que, em sentido estrito, a exclusividade decorre de um acordo comercial entre partes não consideradas, para a legislação comercial, vinculadas, podendo prejudicar as políticas de exportação das empresas;
- v) a necessidade de as empresas adequarem-se a planos de exportação impõe políticas agressivas nas exportações de produtos, o que pode criar um confronto com as regras de preço de transferência estabelecidas pela legislação vigente;
- vi) determinados países do MERCOSUL ainda não possuem regras específicas de preços de transferência, o que pode tornar menos competitivos produtos brasileiros com competidores situados em outros países em que não há aplicação de regras semelhantes;
- vii) o setor privado exporta vários produtos para outros países, no qual os integrantes do MERCOSUL têm relevância especial. Diversos produtos são comercializados com preços baixos para manter a competitividade dos demais bens que dão lucratividade à operação globalmente considerada. Se forem tomados em consideração os produtos de baixa lucratividade, não se adequariam eles às regras vigentes de preço de transferência, o que não ocorre se for considerada a venda global de todos os bens exportados;

- viii) os contratos de *cost sharing*, para fins do desenvolvimento de intangíveis, não são ainda grandemente utilizados pelo setor. Atualmente, a tendência tem sido no sentido de haver encaminhamento de profissionais brasileiros para o desenvolvimento de tecnologia junto às matrizes localizadas no exterior;
- ix) para os países como os quais o Brasil possui acordos para evitar a bitributação, seguindo, basicamente, a estrutura da OECD *Tax Model Convention*, de 1963, o padrão adotado é o *arm's length principle*, com o qual não se compatibiliza, em linhas de princípio, as margens de lucro fixas previstas na legislação brasileira;

3.3 Preços de Transferência nos demais Países do MERCOSUL

No âmbito do MERCOSUL, apenas o Brasil possui legislação específica sobre preços de transferência. Nos demais países, são utilizadas leis esparsas sobre o valor de mercado nos moldes previstos no art. 9º da Convenção Modelo da OCDE ou a legislação interna sobre valoração aduaneira.

Com essa observação inicial, avança-se aqui na descrição dos aspectos mais relevantes do tratamento tributário dos preços de transferência na Argentina, Paraguai e Uruguai.

a) preços de transferência na Argentina²⁸

Na Argentina, de igual modo, também não existe legislação específica sobre preços de transferência, embora desde o Decreto n. 18.229, de 1943, podem ser encontradas disposições sobre o princípio *arm's length* em relação às exportações e importações de bens, cuja aplicação não alcança, entretanto, às operações entre empresas vinculadas realizadas no mercado interno, conforme jurisprudência da Corte Suprema Nacional firmada no julgamento da causa Kellogg Co. Arg. vs. DGI (*Dirección General Impositiva*), de 26.02.1985.

Aplica-se esse princípio, entretanto, no âmbito interno, em relação aos impostos incidentes sobre determinados bens, incidindo o imposto, nesse caso, quando se cuidar de operações entre empresas vinculadas, sobre o maior valor obtido, o qual será, obviamente, o preço de venda a terceiros.

Em relação às exportações, dispõe o art. 8º da Lei do Imposto sobre a Renda que os ganhos dos exportadores de produtos manufaturados, adquiridos no país, são totalmente de

²⁸ Os dados aqui expostos foram compilados a partir de COZZI, José María García. "*Precios de transferencia em el derecho argentino*". In: CAMPOS, Dejalma de. *Op. cit.*, p. 146-159.

fonte argentina e devem ser estabelecidos através da dedução, do preço de venda, dos custos com transporte e seguros até o destino, comissões e demais gastos necessários à obtenção dos ganhos auferidos na exportação.

Quando o preço fixado for inferior ao preço no atacado vigente no lugar de destino, considerar-se-á, salvo prova em contrário, que existe vinculação econômica entre os exportadores argentinos e os importadores no exterior, passando a valer, nesse caso, o preço de venda no atacado apurado no país de destino.

Em relação às importações, estabelece o mesmo art. 8º que os ganhos obtidos pelos exportadores da exterior pela simples introdução de seus produtos na Argentina são de fonte estrangeira. Todavia, quando o preço de venda ao importador argentino for superior ao preço de venda no atacado vigente no lugar de origem, deduzidos os gastos com transporte e seguro, considerar-se-á, salvo prova em contrário, que existe vinculação econômica entre o importador argentino e o exportador do exterior, passando a diferença a constituir, nesse caso, ganho de fonte argentina.

Nos casos em que, de acordo com as disposições do art. 8º, o preço no atacado vigente no lugar de origem ou de destino não for público ou notório, ou por qualquer motivo se torne difícil a comparação, deve ser tomada como base de cálculo os coeficientes de resultados obtidos por empresas independentes que se dediquem a idêntica ou similar atividade. À falta desta, faculta a lei, à Direção Geral Impositiva, o arbitramento do preço através de analogia.

Sobre a presunção de vinculação econômica, estabeleceu a Corte Suprema Nacional, no caso Eduardo Loussiniam S.A.C.I.F.I.A, de 20.9.83, invocando precedentes daquela Corte, que se não demonstrada a existência de vinculação econômica entre o importador argentino e o exportador do exterior, em função de suas manifestações típicas, como participação no capital, subordinação orgânica ou qualquer forma de controle, não se pode efetuar o ajuste de preço e, de consequência, não se deve adjudicar eventual excedente como de fonte argentina.²⁹

²⁹ COZZI, José María García. *"Precios de transferencia em el derecho argentino"*, In: CAMPOS, Dejalma (org.). *Op. cit.*, p. 151-152.

Em relação aos bens intangíveis, prevê o art. 14 da Lei do Imposto sobre a renda que os atos jurídicos celebrados entre uma empresa local de capital estrangeiro e uma pessoa física ou jurídica domiciliada no exterior que direta ou indiretamente a controle serão considerados, para todos os efeitos, como celebrados entre partes independentes quando suas prestações e condições se ajustem às práticas normais do mercado entre partes independentes, com a limitação dos empréstimos e dos contratos regidos pela lei de transferência de tecnologia.

Quando ainda estavam vigentes a Lei de Investimentos Estrangeiros, n. 21.382, e a Lei de Transferência de Tecnologia, n. 22.426, os órgãos responsáveis pela missão de definir se os contratos observavam ou não o princípio *arm's length* eram o Banco Central da República Argentina e o Instituto Nacional de Tecnologia Industrial.

Esse regime deixou de existir, todavia, a partir da vigência do Decreto de desregulamentação n. 2.284/91, remanescendo agora, no dizer de COZZI, como única pauta o princípio de que as operações devem ser ajustadas às práticas normais do mercado entre partes independentes.³⁰

Em relação ao Imposto sobre o Valor Agregado, o qual se aplica na Argentina sobre a transferência onerosa de bens móveis, às locações de coisas móveis e às locações de obras e serviços, o princípio *arm's length* encontra estabelecido no atual art. 10 da legislação respectiva, o qual estatui que se não existir fatura ou documento equivalente, ou neles não vier consignado o valor corrente na praça, presumir-se-á que é este o valor computável.

Embora afirme COZZI que no que se refere a preços de transferência em matéria de comércio exterior, o instrumental legal na Argentina é realmente pobre e está a exigir, a curto prazo, uma atualização que tenha em conta os avanços de estudos e propostas provenientes da OCDE e das legislações latinoamericanas como as do Brasil e do México,³¹ não se pode olvidar de que de acordo com a Constituição Nacional Argentina, os tratados internacionais subscritos por aquele país gozam de supremacia sobre a

³⁰ COZZI, José María García. *Op. cit.*, 155.

³¹ COZZI, José María García. *Idem*, p. 153.

legislação interna. Como, conforme revelação do próprio COZZI³², na quase totalidade dos tratados firmados pela Argentina sobre dupla tributação encontram incluído o art. 9º do Modelo de Convenção da OCDE, o qual dispõe sobre a aplicação do princípio *arm's length* no controle dos preços de transferência para fins tributário, não seria exagero afirmar que a Argentina, quanto a esse aspecto, está, em certa medida, em situação mais condizente com os princípios do direito tributário internacional do que o Brasil, onde ainda prevalece o princípio de não há hierarquia entre os tratados internacionais e a legislação interna, o que significa dizer que qualquer lei ordinária no Brasil pode afastar a aplicação das normas pactuadas no plano internacional.³³

b) preços de transferência no Paraguai.³⁴

Também no Paraguai não existe legislação específica sobre preços de transferência, embora a Lei n. 125/91, que estabeleceu o *Nuevo Régimen Tributario*, contenha disposições destinadas a neutralizar os efeitos fiscais dos preços de transferência entre empresas vinculadas e não vinculadas.

Assim, no tocante às exportações, dispõe a referida Lei que em caso de não ter sido fixado preço na operação, ou quando o preço declarado for inferior ao preço de venda no atacado no país mais os gastos de transporte e seguro até o lugar de destino, tomar-se-á este último como valor base para a determinação da renda.

Com relação às importações, os preços de venda que o comprador do país importador deve pagar não devem ser maiores do que os preços no atacado do país exportador, mais

³² COZZI, José María García. *Op. cit.*, p. 156.

³³ A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que, faltante na Constituição do Brasil garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso, é inevitável que a Justiça deve garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritária sua estatura no ordenamento jurídico (*apud* REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, p. 107).

³⁴ Os dados aqui expostos foram compilados a partir de ARRIOLA, José Tomás. “*El tratamiento fiscal de los precios de transferencia en el MERCOSUL*”. In: CAMPOS, Dejalma de. (org.). *Op. cit.*, p. 121-122.

gastos de transporte e seguros até o país de destino, constituindo a diferença a maior, salvo prova em contrário, renda tributável para este último.

No tocante às atividades agroindustriais, o industrial que processa matérias primas e insumos de sua propriedade deve computá-los como custo em valor não superior ao custo de mercado na data de ingresso dos referidos bens.

No que pertine aos bens de qualquer natureza retirados da empresa para uso particular do sócio ou acionista, considera-se que a transferência foi realizada ao preço corrente da venda para terceiros.

Por fim, quanto aos juros por empréstimos ou aplicações, prevê a lei paraguaia que em nenhum caso podem ser praticadas taxas menores do que as taxas médias passivas nominais correspondentes aos depósitos bancários de prazo fixo, para períodos iguais, vigentes no mês anterior ao da operação realizada.

c) preços de transferência no Uruguai³⁵

Não existe no direito tributário uruguaio uma definição própria de empresa vinculada, existindo apenas normas isoladas que se referem ao tema.

Dispõe o art. 5º do Código Tributário que a administração fiscal poderá aplicar normas análogas, em caso de lacunas no direito tributário, e, em sua falta, outras normas de direito que mais se ajustem ao caso concreto.

Podem ser encontradas referências a empresas vinculadas nos tratados firmados pelo Uruguai nos quais se adotou a definição dada pelo art. 9º do Modelo OCDE. Além disso, existem referências ao conceito de empresa vinculada nas normas sobre tributação das operações de comércio exterior.

³⁵ Os dados aqui expostos foram compilados a partir de NODARI, Sebastián Arcia. “*Precios de transferencia en el Uruguay*”. In: CAMPOS, Djalma de. (org.). *Op. cit.*, p. 78-103.

A jurisprudência uruguaia considerou o “conjunto econômico” como *“a existência de várias empresas com personalidade jurídica aparentemente distintas, mas que, na realidade, não são senão desdobramentos artificiais (abuso de firmas jurídicas através de uma mesma unidade patrimonial)”* (Sentença do Tribunal do Contencioso Administrativo n. 8/982, de 5.2.1982).

No âmbito do direito comercial, a Lei 16.060/89 (Lei das sociedades comerciais), dispõe em seu art. 48 que se consideram sociedades vinculadas quando uma sociedade participa em mais de 10% do capital da outra. Por sua vez, o art. 49 estabelece que serão sociedades controladas aquelas que se encontram sob a influência dominante de outra sociedade em virtude da pertinência de participações sociais ou acionárias em virtude de vínculos especiais.

Em relação aos preços de transferência, aplica-se o art. 6º, inc. 2, do Código Tributário, segundo o qual *“as formas jurídicas adotadas pelos particulares não obrigam ao intérprete; este deverá atribuir às situações e atos ocorridos uma significação de acordo com os fatos, sempre que da análise da norma surja que o fato gerador foi atendendo à realidade e não a à forma jurídica.”*.

Assim, caso os preços fixados entre empresas vinculadas não correspondam à realidade e tenham como fim provocar ilegítima economia de tributos, o fisco poderá estabelecer as correções pertinentes a fim de reconstruir a realidade econômica do negócio como se tivesse sido realizado entre empresas independentes. Métodos para estabelecer os preços de transferência.

Em relação aos métodos utilizados na aferição dos preços de transferência, a doutrina considera aplicáveis os critérios manejados pela OCDE. Nos casos em que a administração fiscal uruguaia comprovou a existência de elisão fiscal através da manipulação dos preços de transferência, efetuou as retificações recorrendo aos preços de mercado em transações idênticas ou similares. Em outros casos, recorreu à fixação através de peritos.³⁶

³⁶ NODARI, Sebastián Arcia. *Op. cit.*, p. 79.

No Uruguai, as empresas estrangeiras podem atuar através da constituição de uma sucursal ou da constituição de uma sociedade uruguaia juridicamente independente da matriz (filial ou subsidiária).

Se a sucursal e a matriz forem integrantes de uma mesma pessoa jurídica, a administração fiscal tem sustentado um critério extremamente formalista, baseado no princípio de direito privado de que ninguém pode contratar consigo mesmo.

De consequência, os pagamentos realizados pela sucursal à matriz, em razão de serviços prestados, seja de natureza comercial, financeira ou tecnológica, não podem ser deduzidos como gastos para efeito de determinação da renda líquida de fonte uruguaia. As relações entre matriz e filial, todavia, são consideradas relações entre terceiros independentes.

Tais conclusões têm sido fortemente criticada pela doutrina com base nos seguintes argumentos: a) as normas legais aplicáveis (art. 194 da Lei n. 16.060/89 – Lei das Sociedades Comerciais; e art. 35 do Decreto n. 840/88) dispõem como princípio geral que as sucursais devem conduzir sua contabilidade de forma separada, a fim de se determinar concretamente a renda líquida de fonte uruguaia, sem prejuízo das correções devidas por parte do fisco; b) o critério sustentado pela administração fiscal contradiz o tratamento igualitário entre sucursais e filiais nas transações comerciais com a casa matriz, tendo em vista que as filiais e sucursais não apresentam diferença alguma do ponto de vista da realidade econômica, pelo que, as igualdades de situações econômica deve corresponder à igualdade de tratamento tributário.³⁷

Em matéria de operações de comércio exterior entre empresas vinculadas, existe um critério expresso de fixação dos preços de transferência entre as partes contratantes. Dispõe a lei que as renda de fonte uruguaia decorrentes de operações de exportação e importação são determinadas atendendo-se aos valores FOB e CIF das mercadorias importadas. Quando não existe preço fixado, os valores são determinadas de acordo com método do Preço sem Interferência Comparado (*Comparable uncontrolled price method – CUP*), consoante determinação do art. 19 do Decreto n. 840/88.

³⁷ NODARI, Sebastián Arcia. *Op. cit.*, p. 84.

A partir de janeiro de 1995, o Uruguai passou a adotar o conceito de valor aduaneiro nos moldes definidos pelo GATT. O principal método de avaliação constitui o denominado “valor de transação”, com aplicação do princípio *arm's length*. Nas importações efetuadas entre empresas vinculadas, A Direção Nacional de Aduanas solicita aos importadores a atualização periódica do valor contratual através da aplicação de um fator de correção que tenha em conta os distintos elementos que distingam a operação de uma transação *arm's length*.

Em relação aos preços de transferência em matéria cambial existe no Uruguai, desde setembro de 1974, absoluta liberdade para compra e venda de moeda estrangeira, bem assim para o ingresso e saída de capital do território nacional.

O investimento estrangeiro recebe no Uruguai tratamento nacional. Não existe diferença alguma no tratamento jurídico das empresas nacionais, sejam estas de capital nacional ou estrangeiro, assim como tampouco para as sucursais de empresas do exterior instaladas no país.

De acordo com NODARI, Não existe no país critérios objetivos para fixação dos preços de transferência, o que provoca uma situação de grande insegurança jurídica. Podem as empresas, para evitar essa insegurança, recorrer ao instituto da consulta vinculante existente na legislação uruguaia. Através desse instrumento, as empresas que tiverem um interesse na determinação de determinados critérios de imputação de gastos ou na determinação do preços a serem fixados nas relações com empresas coligadas, poderá consultar qual o critério sustentado pela administração fiscal, a qual estará obrigada a respeitar o critério sustentado.³⁸

³⁸ NODARI, Sebastián Arcia. *Op. cit.*, p. 94-95.

4 PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA E GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA

Depois da elaboração doutrinária em torno do impacto da globalização econômica sobre o direito tributário e de discorrer sobre a evolução histórica, os métodos e as críticas da disciplina normativa dos preços de transferência, avaliar-se-á, neste capítulo, até que ponto os modelos normativos de regulação dos preços praticados pelas corporações transnacionais em suas operações intrafirma revelam-se eficientes na contenção da elisão fiscal internacional por essa via.

Retomar-se-á, nesta parte do trabalho, a discussão acerca dos efeitos da globalização econômica sobre o direito tributário, agora especificamente sobre as consequências da complexidade do mercado global em relação às normas tributárias sobre preços de transferência.

O tema reveste-se de relevância na medida em que o preço de transferência passou a constituir hoje um dos mais abrasadores tópicos do direito internacional tributário. Em pesquisa realizada pela Ernest & Young em 1995, 49% de mais de 200 empresas multinacionais confessaram que estavam envolvidas em auditorias onde o *transfer pricing* é o objeto principal, sendo que mais de dois terços das empresas pesquisadas consideraram que o preço de transferência era o mais importante tema tributário atualmente enfrentado.¹

O capítulo está dividido em três partes. Na primeira parte, são apontadas as estratégias de elisão fiscal adotadas pelas corporações transnacionais no contexto da globalização econômica tendentes à manipulação dos preços de transferência. Na segunda parte, é avaliada a eficiência dos atuais modelos normativos de controle dos preços de transferência à luz das injunções estratégicas das corporações transnacionais. Finalmente, na terceira e última parte, são aquilatadas as perspectivas factíveis nesse irriante campo.

¹ BATTERSBY, Mark E. *Transfer pricing: multinationals most taxing concern*. Loc. cit.

4.1 Estratégias de Elisão Fiscal das Corporações Transnacionais

A globalização econômica vem provocando profundas modificações tanto no padrão tradicional do comércio internacional quanto na estrutura das corporações transnacionais, principais atores do multifacetado cenário da economia global.

No formato tradicional do comércio exterior, as operações normalmente realizam-se entre empresas não coligadas e as exportações e importações seguem a lógica do fator de produção de cada país.

A atual fase do processo de globalização econômica, todavia, é caracterizada por operações intrafirma realizadas por corporações transnacionais seguindo a lógica do mercado global e apoiadas em estrutura organizacional flexível.

Em termos produtivos, as corporações transnacionais se organizam, segundo DREIFUSS, em corporações estratégicas, orientadas para a produção pelo seu *coração tecnológico*, o qual define a possibilidade de oferecer produtos de composição *politecnológica*, de utilização múltipla, possuindo, além disso, capacidade de aplicação *multissetorial* de suas destrezas e saberes tecnológicos.²

Ainda segundo DREIFUSS, este inovador sistema produtivo centrado em pesquisa e desenvolvimento é potencializado por ações corporativas – de alcance supra-regional,

² DREIFUSS, René Armand. *A época das perplexidades: mundialização, globalização e planetarização: novos desafios*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 49. Dentre as diversas formas de representar essas novas divisões funcionais, cita DREIFUSS os seguintes exemplos: a) A Mitsubishi estrutura suas corporações como se fizessem parte de uma *plataforma de operações* apoiada num tripé de “diamantes” – Mitsubishi Corporation (*trading*), Mitsubishi Heavy Industries (produção) e Mitsubishi Tokyo Bank (finanças), e cujos pilares sustentam as atividades dos membros cruciais (*core members*); b) O macrogrupo Daimler-Benz (do qual o Deutsche Bank tem 24% de participação), é organizado em quatro “esferas” de produção, às quais correspondem outras tantas “corporações estratégicas”: a Deutsche Aerospace-DASA (aeroespacial), a AEG (eletrônica, engenharia elétrica e energia), a Debis (serviços) e a Mercedes-Benz (automotor), sendo que cada uma dessas “esferas” incorporam diversas empresas, entre elas a Telefunken Systemtechnik e a Fokker holandesa; c) A Murata Manufacturing Co. utiliza o modelo da árvore *bonsai*: as raízes representam tecnologias genéricas, em inter-relação com o *habitat* e os domínios científicos; o tronco, o potencial industrial e tecnológico e o nível de integração de tecnologias matrizes; a copa, os setores de atuação; os galhos, a valorização setorial de tecnologias diferentes sobre diferentes linhas de produção e de mercado; e os frutos, os produtos da empresa; d) A Saab-Scania adota o modelo da “estrutura molecular”, onde cada “molécula”, interligada com as outras, se ocupa de uma área ou setor de competência (DREIFUSS, *Op. cit.*, p. 49-50).

transnacional e inter-empresarial, as quais “(re)concentram e ‘reposicionam’ capital, tecnologia, recursos humanos e infra-estrutura através do funcionamento sinérgico de *unidades, redes e cadeias de criação, produção e comercialização* balizadas por subsistemas administrativo-legais de planejamento e gestão.”³

Aduz ainda o precitado autor que, a partir das novas realidades tecnológicas, a corporação estratégica é reorganizada funcionalmente dentro do seu próprio grupo ou *holding*. Assim, mesmo preservando operações separadas e interdependentes de outras empresas pertencentes ao mesmo grupo (em muitos casos estimulando atividades concorrenciais “internas”), “as corporações continuam interligadas por qualidade humana e recursos capacitadores telecomputrônicos.”⁴

A dinâmica das corporações estratégicas é, igualmente, condicionada pela necessidade de escalas crescentes de produção e de mercado, decorrentes do elevado volume de recursos e investimentos de capital e tecnologia requeridos para a maximização de sua capacidade de produção.

Lembra DREIFUSS que a nova “tecnoeconomia” “descansa numa altíssima taxa de inovações de processos e renovação tecnológica, tempos de maturação de projeto cada vez menores, redução do tempo de produção e da quantidade de operações e fatores envolvidos, de ‘entrada em obsolescência’ cada vez mais acelerada, e na obtenção de novos e criativos ‘produtos-serviço’ e ‘serviços-instrumento’ de ótima qualidade e preço acessível”⁵, propiciando-se, assim, o reforço de tendências de integração tecno-produtivas, concentração financeira e controle de estruturas de pesquisa dos grandes grupos transnacionais.

As operações das corporações transnacionais da era global supõem, assim, fluxos com crescente conteúdo de serviços, de informações e conhecimentos e de alocações de capital, residindo a essência do comércio internacional na movimentação de bens e serviços, incluindo os de tipo financeiro, para o interior da corporação. São, portanto, fluxos conceituais de caráter intangível, o que tende a dificultar a sua valorização para fins tributários.

³ DREIFUSS, René Armand. *Op. cit.* p. 46 (destaques do autor).

⁴ DREIFUSS, René Armand. *Idem*, p.49 (destaques do autor).

⁵ DREIFUSS, René Armand. *Ibidem*, p. 67.

Estabelecidas essas premissas basilares, já é possível visualizar com melhor nitidez os três focos estratégicos pelos quais as corporações transnacionais têm logrado se esquivar das imposições tributárias sobre os seus preços de transferência: a) simbiose entre o comércio global e o livre fluxo de capital volátil; b) intercalação de unidades em paraísos fiscais; c) emulação fiscal entre os Estados nacionais.

Em relação ao primeiro foco (simbiose entre o comércio global e o livre fluxo de capital), são ilustrativas os seguintes exemplos de áreas-nicho, citados por LERDA, nas quais vem ocorrendo uma ativa interação entre os lados real e financeiro das empresas transnacionais: a) dispõem essas empresas, a todo o tempo, de ativos e passivos líquidos, denominados em diversas moedas e situados em numerosos países. Desse modo, os movimentos de divisas gerados por técnicas de controle de fluxo de caixa, dado o volume que representam e assiduidade com que ocorrem – lhes permitem transferir cifras enormes, mesmo que adotando pequenos *spreads*; b) outro exemplo dessas áreas-nicho encontra-se na indústria dos seguros cativos, onde empresas de seguro são subsidiárias/controladas por uma empresa transnacional do setor não-financeiro, podendo ser inferida a motivação na criação dessas seguradoras cativas no fato de que, em 1991, 75% delas estavam localizadas em paraísos fiscais.⁶

De outra banda, os bancos globais, agindo em interação com empresas do setor não financeiro pertencentes ao mesmo grupo transnacional, pelos tipos de produtos com que operam e pelo tipo de controle a que estão sujeitos em cada país, acabam tendo maior facilidade do que as empresas do lado real da economia para manipular seus preços de transferência. Dada a magnitude dos valores transferidos instantaneamente através de operações eletrônicas, pequenas diferenças nos preços utilizados podem representar uma considerável economia de tributos.

Ainda no plano da interação entre o lado real da economia e a sua face volátil, tem sido utilizado pelas corporações transnacionais o mecanismo de substituição do fluxo de comércio por investimento estrangeiro direto. Essa atividade tem importantes contrapartidas financeiras na medida em que viabiliza, em coordenação com os bancos

⁶ LERDA, Juan Carlos. Globalização da economia e perda da autonomia das autoridades fiscais, bancárias e monetárias. In: BAUMANN, Renato (org.). *Op. cit.*, p. 258.

globais do mesmo grupo, a remessa de lucros para qualquer parte do planeta, através da manipulação dos preços estabelecidos nas mais diversificadas operações financeiras.

O segundo foco de manipulação dos preços de transferência por parte das corporações transnacionais consiste na utilização dos chamados paraísos fiscais.⁷ Têm as corporações transnacionais, aqui, duas opções de elisão fiscal: a) canalização de pagamentos, especialmente dividendos, para as unidades situadas nos paraísos fiscais, com distorções dos valores efetivamente devidos; b) redução dos lucros tributáveis através da alocação de custos relacionados a pesquisas e desenvolvimento, juros sobre empréstimos ou despesas com seguros para as subsidiárias localizadas em territórios de baixa tributação, igualmente em valores não condizentes com a operação realizada.

O resultado dessa prática pode ser visto nos seguintes exemplos citados por MARTIN & SCHUMANN: a) a BMW, empresa automobilística mais lucrativa da Alemanha, recolheu em 1988, 545 milhões de marcos à Receita Federal. Quatro anos depois, recolhia apenas 6% desse valor (31 milhões de marcos). No ano seguinte, apresentou prejuízos no mercado interno, apesar dos lucros no total dos resultados, fazendo com que o fisco lhe restituísse 32 milhões de marcos; b) a gigante eletrônica Siemens transferiu sua sede geral para o exterior com vistas a vantagens fiscais. Dos 2,1 bilhões de marcos de lucro no exercício de 1994/95, o Fisco alemão não arrecadou mais do que 100 milhões de marcos, e no ano de 1996 a Siemens não pagou mais nada; c) o banco Commerzbank, em 1996, dobrou o seu lucro em relação ao ano precedente para 1,4 bilhão de marcos, porém os tributos recolhidas para o fisco diminuíram para a metade.⁸

Reside o terceiro foco estratégico de elisão fiscal internacional utilizado pelas corporações transnacionais na emulação fiscal entre os países em que pretendem instalar as suas unidades produtivas. É aqui que se manifesta a dimensão do poder político das

⁷ Anota PICCIOTO a existência de três categorias de paraísos fiscais. A primeira, representada pelos países com tributação muito baixa, ou mesmo nenhuma tributação sobre a renda das empresas; a segunda, os países com tratados sobre dupla tributação explorados pelas empresas, através da fixação de residência nos Estados contratantes, com o propósito exclusivo de aproveitar o regime mais favorável decorrente desses tratados (*treaty shopping*); por fim, a terceira categoria diz respeito a um largo número de países que oferecem incentivos fiscais com o fim de atrair investimentos em seus territórios. Das três categorias, apenas a primeira é considerada pela OCDE como paraíso fiscal em sua acepção clássica (cf. PICCIOTO, Sol. *Op. cit.*, p. 134-135).

⁸ MARTIN, Hans-Peter & SCHUMANN, Harald. *Op. cit.*, p. 275-276.

corporações transnacionais, representado pela capacidade de promover profundas modificações na estrutura tributária dos Estados nacionais.

A competição internacional pelo ingresso de investimentos estabelece a emulação fiscal entre governos nacionais, ou a chamada “guerra fiscal”, com redução de impostos a níveis cada vez mais baixos como forma de atrair os investimentos das corporações transnacionais, tendência que começou em 1986 quando os Estados Unidos reduziram o imposto de renda para sociedades de capitais de 46% para 34%, estabelecendo, assim, estabeleceu um novo padrão mundial.⁹

Um caso bem ilustra esse procedimento que se alastrou na economia global. Contam MARTIN & SCHUMANN que em 10 de maio de 1991, Helmut Kohl, cumprindo mais um compromisso de sua campanha eleitoral, desceu de helicóptero em Schkopau para um encontro com os industriais da região ao redor de Buna, um decadente pólo petroquímico. Ali, tomou conhecimento, ao vivo, do terrível empobrecimento da população. O representante do grupo Buna pediu então a privatização da empresa para manter pelo menos 8.000 dos antigos 18.000 postos de trabalho.

A palavra foi dada e no governo Kohl o grupo acabou sendo encampado pela empresa americana Dow Chemical, passando a chamar-se BSL Olefinverbund. Pelo acordo firmado, a Dow arcaria, através de um empréstimo tributável na matriz, com apenas 200 milhões dos investimentos totais, previstos em 4 bilhões de marcos. Ao mesmo tempo, ficou-lhe assegurado a compensação dos prejuízos da BSL, no limite máximo de 2,7 bilhões, até o final de 1999.

Podendo abater de sua contabilidade o antigo déficit de 3,2 bilhões, a Dow permanece livre de impostos por tempo indeterminado, mesmo que ocorram lucros. As vantagens oferecidas pela Dow em troca de tudo isso beiram o ridículo: 1.800 postos de trabalho até 1999 e, se o número for menor, pagamento de uma multa contratual de 60 mil marcos por emprego faltante, verdadeira gorjeta em relação ao dinheiro envolvido. Com esse acordo, o governo alemão deverá subvencionar cada emprego na Dow-BSL com um valor superior a 5 milhões de marcos, assegurando a Dow Chemical um lucro de pelo

⁹ MARTIN, Hans-Peter & SCHUMANN, Harald. *Op. cit.*, p. 278.

menos 1,5 bilhão de marcos sem qualquer risco, ainda que todo o empreendimento vá por água abaixo.¹⁰

Dentro da União Européia, ainda conforme relato de MARTIN & SCHUMANN, a competição assumiu proporções gigantescas. A Bélgica oferece, desde 1990, a instalação dos assim chamados “centros de coordenação”, para empresas ativas em mais de quatro países. Nesses centros as empresas podem centralizar todos os tipos de prestação de serviços – como publicidade, *marketing*, assessoria jurídica e, antes de mais nada, seus negócios financeiros – mas não são obrigadas a pagar impostos sobre os lucros obtidos dessa maneira, e sim sobre uma pequena parte de suas despesas operacionais. O modelo transformou-se num sucesso. A relação de beneficiários vai das multinacionais do petróleo Exxon a Mobil até a fábrica de pneus Continental. A Opel economiza impostos com uma central financeira na Antuérpia. A Volskwagen envia seus especialistas contábeis à Bruxelas. A Daimler fica no subúrbio de Zaventem e os colegas da BMW estão instalados em Bornem. Graças a generosidade belga, as filiais locais se tornaram as mais lucrativas do mundo. A BMW obteve na filial belga um terço do total das receitas da empresa sem que lá tivesse produzido um único automóvel.¹¹

Mais atraente ainda, de acordo com os autores aqui citados, é a oferta de isenção tributária que o governo da Irlanda oferece aos que mandarem gerenciar seus negócios financeiros a partir de um escritório nas Docas de Dublin. De cada dólar de juros que é ganho formalmente através de uma sucursal na Irlanda, apenas 10 centavos vão para o erário. Nos palácios de vidro que circundam o antigo porto da cidade, instalaram-se filiais de pequeno porte e quase 500 empresas transnacionais (endereços de fachada). Além da Mitsubishi e do Chase Manhattan, estão representados todos os grandes bancos e agências

¹⁰ MARTIN, Hans Peter & SCHUMANN, Harald. *Op. cit.*, p. 282-283. Conforme esses autores, o detalhes desse acordo foram esmiuçados durante meses pelos jornalistas do semanário alemão *Der Spiegel*. No Alabama, EUA, General Motors obteve, em 1996, isenção total de impostos por dez anos (*Ob. cit.*, p. 281). Segundo LOBOS, uma montadora de carros disposta a instalar uma fábrica em qualquer parte do mundo sabe que irá tirar do governo local entre US\$ 100 mil e US\$ 150 dólares em subsídios e isenções fiscais de todo tipo, por cada emprego criado. A Renault, por exemplo, no Paraná, levou o máximo: US\$ 150 mil (Cf. LOBOS, Julio. *Pensando Global: fatos e dados*. São Paulo: Instituto de Qualidade, 1997, p. 87).

¹¹ MARTIN, Hans-Peter & SCHUMANN, Harald. *Idem*, p. 278

de seguros alemães, e até a administração da fortuna da Associação Creditícia Evangélica de Kassel.¹²

Por outro lado, além da redução do lado da receita, os Estados nacionais acabam incorrendo em despesas públicas em favor das corporações transnacionais, na medida em que a concorrência pelos recolhimentos mais baixos é sempre acompanhada por generosas subvenções como o oferecimento gratuito de terrenos e de toda a infra-estrutura urbana.¹³

Esse poder político¹⁴ das corporações transnacionais traz, como consequência, além da flexibilização das normas tributárias em seu favor, a utilização dos países onde obtém a maior volume de renúncia fiscal como referencial para as transações tendentes à redução da carga tributária, especialmente através da canalização de lucros para as unidades ali localizadas, mediante transferência de bens intangíveis de difícil monitoramento por parte das autoridades fiscais.

¹² MARTIN, Hans-Peter & SCHUMANN, Harald. *Op. cit.*, p. 279

¹³ MARTIN, Hans-Peter & SCHUMANN, Harald. *Op. loc. cit.*

¹⁴ Conforme sublinhado na introdução, a expressão *poder político* é utilizada neste trabalho para traduzir a capacidade ostentada pelas corporações transnacionais de imprimir modificações nas estruturas político-administrativas dos Estados nacionais, levando-os a moldar suas políticas de acordo com a linha estratégica da corporação. Esse poder, nos Estados federativos, também é utilizado com o propósito de estimular a chamada “guerra fiscal” entre as unidades da federação, de modo a obter, com isso, o maior número possível de incentivos fiscais e subvenções públicas. Um recente exemplo desse poder foi amplamente divulgado pela imprensa brasileira em maio de 1999, quando a Ford, após alguns impasses nas tratativas com o Governo do Estado do Rio Grande do Sul para a instalação de uma unidade da empresa às margens do Rio Guaíba, decidiu não mais se instalar naquele Estado. Na carta de desistência subscrita pelo presidente da empresa no Brasil, restou bem evidenciado o poder político da corporação, na acepção acima indicada, ao ressaltar que “o empreendimento proposto pela Ford Brasil parece não se inserir nos objetivos do atual Governo, o qual, por tudo o que tem dito, tem um modelo de desenvolvimento para o Estado diferente daquele que motivou todas as nossas negociações a partir de 1997. Assim, estou convencido que o impasse surgido com o atual Governo resulta não da extensão ou dimensão dos incentivos negociados, mas muito mais da falta de vontade política para se ter o empreendimento da Ford no Estado” (Zero Hora, Porto Alegre, 4.5.99, Caderno de Economia, p. 20). Logo depois do anúncio da desistência da Ford em instalar-se no Rio Grande do Sul, diversos outros Estados brasileiros lançaram-se na “conquista” da montadora, oferecendo-lhe os mais diversificados incentivos, entre os quais terreno gratuito para a instalação e isenções fiscais por longos anos.

4.2 O Grau de Eficiência do Controle Normativo dos Preços de Transferência

“O que fez primeiro foi limpar as armas que tinham pertencido aos seus bisavós, e que, cobertas de ferrugem e mofo, jaziam esquecidas há séculos num canto. Limpou-as e adereçou-as o melhor que pôde, mas notou um grave defeito nelas, que era o de não terem celada de encaixe, mas apenas um simples morrião.¹⁵ Nisso supriu-lhe o engenho, pois fez de cartões uma espécie de meia celada, que, encaixada no morrião, ficou com aspecto de celada inteira.¹⁶

O Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE publicou, em março de 1998, uma versão revisada e atualizada do seu relatório sobre a tributação das novas operações financeiras viabilizadas pela globalização econômica.¹⁷

Tece o relatório, com a revisão, em linhas gerais, as seguintes considerações:

- i) o mercado financeiro tem tornado crescentemente globalizado. Esse processo permite, de um lado, uma alocação mais eficiente de ganhos de capital, e, de outro lado, oferece mais segurança aos investidores. De igual modo, aqueles que detém excesso de capital podem investir em produtos oferecidos no mundo todo, permitindo ao investidor, assim, montar o seu *portfolio* de acordo com o seu perfil de risco e retorno;
- ii) as instituições financeiras, especialmente bancos e empresas seguradoras, agindo como intermediários entre os investidores e os tomadores de empréstimo, têm exercido um papel fundamental para a eficiência do mercado financeiro;

¹⁵ “celada. [Do esp. *celada*] S. f. Antiga armadura de ferro para a cabeça.”; “morrião¹. [Do esp. *morrión*] S. m. Antigo capacete sem viseira e com topete enfeitado...” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 378 e 1161.

¹⁶ CERVANTES, Miguel de. *O engenhoso fidalgo Dom Quixote de la Mancha*. Vol. I. Belo Horizonte: Itatiaia, 1983, p. 29. No trecho citado descreve Cervantes os preparativos de Dom Quixote quando, obcecado pela leitura de antigos livros de cavalaria, decidiu sair pelo mundo como calaveiro andante.

¹⁷ OCDE. “*The taxation of global trading of financial instruments: a discussion draft*”, 1997. Site: <http://www.oecd.org>. No prefácio do relatório, adverte a OCDE que as considerações nele expendidas não refletem, necessariamente, a conclusão final dos Estados membros daquela organização sobre a matéria.

- iii) as instituições financeiras, contudo, não se limitam a intermediar as operações entre investidores e tomadores de empréstimos, pois também procuram auferir lucros através do gerenciamento de riscos a partir de um amplo leque de *portfolios* especialmente desenvolvidos para empresas em busca de instrumentos derivativos;
- iv) esse mercado tem se tornado ainda mais importante na medida em que o crescimento do comércio internacional tem exposto muitas empresas à concorrência e a imprevisíveis riscos decorrentes da volatilidade do mercado;
- v) o desenvolvimento de sofisticados instrumentos derivativos tem modificado a natureza das tradicionais intermediações financeiras, as quais passaram a envolver diversas atividades negociais, desde a distribuição mundial de produtos financeiros até o desenvolvimento de novos produtos de acordo com as necessidades de cada cliente;
- vi) com a finalidade de atender às demandas de seus clientes espalhados pelo mundo, constantemente expostos à vulnerabilidade do mercado globalizado, as instituições financeiras desenvolveram a capacidade de movimentar, a qualquer hora do dia, grande soma de recursos para qualquer lugar do globo;
- vii) como resultado desse quadro, apresenta o mercado global inúmeros desafios em relação aos princípios da tributação internacional, envolvendo desde questões atinentes à necessidade de saber se as atividades conduzidas em cada país através de agentes afiliados constituem, ou não, estabelecimento permanente, para fins de determinação da renda tributável, até como aplicar os tradicionais métodos de aferição dos preços de transferência entre as unidades coligadas.

Em seguida, aponta o relatório os seguintes aspectos do comércio global que o distingue do padrão tradicional das operações envolvendo mercadorias e serviços:

- i) o comércio global é, por definição, conduzido internacionalmente e sem interrupção. Conseqüentemente, é prática quase universal a delegação, pelas corporações transnacionais, de certas funções às suas afiliadas localizadas nos diversos países, fazendo surgir o complicado problema relativo à questão do estabelecimento permanente, o que exige saber se a afiliada está agindo sob dependência ou como agente independente;
- ii) o comércio global é freqüentemente conduzido de modo integralizado, tornando difícil a alocação de lucros entre as diversas unidades das corporações transnacionais;
- iii) o comércio global apoia-se substancialmente no capital financeiro, tornando relativamente fácil, pela mobilidade do capital, a transferência de lucros de um país para outro. Tais transferências são difíceis de serem detectadas, tendo em vista envolver o comércio global, freqüentemente, produtos financeiros de pulsante complexidade e sem referenciais comparativos.

Apesar desse exaustivo rol de considerações em torno das peculiaridades do comércio global, a demonstrarem claramente a predominância de um ininterrupto fluxo de bens intangíveis através de operações realizadas em um altiplano onde as fronteiras nacionais nada mais significam, sinalizou a OCDE, no precitado relatório, no sentido de que os atuais padrões normativos de controle dos preços de transferência, fundados no princípio do preço sem interferência (*arm's length*), podem ser aplicados, com algumas adaptações, às circunstâncias factuais decorrentes da globalização econômica.¹⁸

Resumem-se as adaptações sinalizadas pela OCDE em dois pontos: a) reformulação dos critérios de identificação do estabelecimento permanente; b) análise dos preços de transferência a partir de um grupo de transações similares e não a partir de transações individualmente consideradas:

¹⁸ NEIGHBOUR, John. *OCDE documents: the taxation of global trading of financial instruments*. Site: <http://www.oecd.org>.

As adaptações sinalizadas pela OCDE sobre o controle normativo dos preços de transferência têm um pouco das armas com que Dom Quixote lançou-se em sua atribulada aventura: são adereços apostos a vetustos princípios da tributação internacional na tentativa de conferir-lhes, através de nova roupagem, o aspecto de arma eficaz no combate da elisão fiscal.

Ocorre que os arranjos institucionais para o controle de fluxos entre as fronteiras alfandegárias são do tempo das relações econômicas tradicionais. Por esse motivo, estão desenhados para lidar com o comércio de bens tangíveis, passíveis de controle físico, em operações realizadas por empresas não coligadas praticando preços de mercado.

Disso decorre um descompasso entre a lei e a realidade, trazendo a lume um conflito entre legalidade e eficácia. Não conseguindo o Estado acompanhar a rapidez das transformações em marcha, tem-se observado um crescimento desenfreado de normas cujo efeito tem sido uma progressiva desvalorização do direito positivo, visto que, quanto mais esse direito positivo multiplica suas normas e leis específicas para intervir “tecnicamente” na dinâmica das atividades empresariais, menor a sua coerência interna.¹⁹

As normas sobre preços de transferência preconcebidas na moldura clássica da tributação internacional estão fadadas a um sucesso na mesma proporção do “*bom sucesso que teve o valoroso Dom Quixote na espantosa e nunca imaginada aventura dos moinhos de vento*”.²⁰

“— *A aventura vai guiando nossas coisas melhor do que poderíamos desejar, porque ali vês, amigo Sancho Pança, trinta desaforados gigantes, ou pouco mais, a quem penso combater e tirar-lhes, a todos, as vidas, e com cujos despojos começaremos a enriquecer: ...*

“

¹⁹ FARIA, José Eduardo. Globalização econômica e reforma constitucional. In: *Direito, Estado e Sociedade*, n. 9. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica. Departamento de Direito, agosto-dezembro de 1996.

²⁰ CERVANTES, Miguel de. *Op. cit.*, p. 71, excerto do título do oitavo capítulo.

“— Saiba Vossa Mercê — que aqueles que assim se parecem não são gigantes, mas moinhos de vento; e o que neles parece braços são as asas que, impelidas pelo vento, fazem girar a pedra do moinho.

“— Bem se percebe — respondeu Dom Quixote — que não és versado nesse assunto de aventuras; aqueles ali são gigantes; se tens medo, afasta-te e põe-te a orar, enquanto me defronto com eles em fera e desigual batalha.

“Dizendo isso, esporeou seu cavalo Rocinante, sem atender aos gritos do escudeiro, avisando-lhe que não se tratava de gigantes, mas de moinhos de vento, sem dívida alguma, os que ia atacar. Mas ele estava tão convencido de que eram gigantes, que não ouvia os brados do escudeiro Sancho, nem conseguia perceber, mesmo de perto, o que eram realmente;

“... e bem protegido pelo escudo, com a lança em riste, arremeteu a todo galope de Rocinante, e investiu contra o primeiro moinho que se lhe deparou; e cravando-lhe a lança na asa, girou-a o vento com tanta fúria, que se partiu a arma em pedaços, arrastando após si cavalo e cavaleiro; o qual, todo machucado, foi rolando pelo campo.”²¹

Comparando, com o perdão pelo comparativo, as considerações da OCDE há pouco transcritas com a investida de Dom Quixote contra os moinhos de vento, constata-se um considerável avanço no enfoque das injunções decorrentes da globalização econômica, consistente no reconhecimento de que as corporações transnacionais não são gigantes imaginários, mas entes tão reais quanto os moinhos de vento contra os quais investiu o engenhoso fidalgo de *La Mancha*.

Subsiste, todavia, a ilusão de que com o simples polimento das velhas armas normativas podem os países enfrentar a fúria eólica dos moinhos de vento que, silenciosamente, vão remodelando o mundo, exigindo das instituições políticas a reconstrução dos modelos normativos a partir dos novos paradigmas desenhados pelos globalização econômica.

²¹ CERVANTES, Miguel de. *Op. cit.*, p. 71-73.

Deflui-se desse contexto que as imposições tributárias sobre preços de transferência, nos moldes clássicos em que concebidas, encontram-se neutralizadas pela complexidade das operações financeiras realizadas na contextura da globalização econômica, bem assim pelo poder político das corporações transnacionais, representado pela expressiva capacidade de influir na moldura normativa dos Estados nacionais.

4.3 Perspectivas Factíveis

Com a erosão da estrutura formal do direito positivo, cada vez mais o seu conteúdo normativo é remetido a processos ulteriores de concretização. As normas jurídicas vão perdendo, assim, as características de abstração e generalidade, dando lugar a normas técnicas e específicas sobre categorias excessivamente particularizantes, numa sintomática crise de governabilidade.²²

Essa crise de governabilidade afeta substancialmente o direito tributário, já que operações tributáveis vestem-se de tal complexidade que a norma tributante já não consegue descrevê-las em todos os seus pormenores, exigindo a complementação de normas particularizadas, com nefastos efeitos sobre a segurança jurídica das empresas, dadas as imponderáveis margens de discricionariedade da administração fiscal na aferição dos fatos imponíveis.

É preciso, então, encontrar, na teoria do direito, o referencial teórico das perspectivas que se abrem nesse campo. A partir desse ângulo, abordar-se-á, neste tópico, as etapas conducentes à um direito tributário reflexivo de feição contratual.

A Filosofia do Direito, entendida como Teoria Geral do Direito formal, encontrou no século XX um grande apoio metodológico no positivismo lógico e no conceito de cientificidade baseado na coerência do sistema, exurgindo daí o aprofundamento da análise estrutural do Direito pela lógica deôntica e o esforço de construir uma Teoria Geral do Direito como um sistema fechado e coerente.²³

Em contraposição a essa teoria, a correlação entre Fato e Direito levou ao entendimento do Direito como um sistema aberto, dependente de outros que o abrangem. Lembra LAFER que o antiformalismo que caracteriza essa abordagem da Filosofia do Direito resulta do contraste entre o Direito posto e o Direito aplicado, ou seja, da distância

²² FARIA, José Eduardo de. *Op. cit.*, p. 30.

²³ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com Hanna Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 55.

entre o Direito formalmente válido e a realidade social.²⁴

Renasce aqui, então, o velho debate acerca dos ângulos que se deve compreender o Direito, ou seja, se como um sistema coerente de normas, cientificamente estruturadas, ou se como um poliedro de múltiplas faces sem traços de sistematização, porque resultado da plasticidade da própria sociedade.

Sustenta BOBBIO que o escasso interesse pelo problema da função social do Direito na teoria geral do Direito dominante até nossos dias enlaça-se precisamente com o relevo que os grandes teóricos do Direito, de Jhering a Kelsen, têm dado ao Direito como instrumento específico, cuja especificidade não deriva dos fins a que serve, mas do modo como os fins são perseguidos e alcançados.²⁵

O paralelismo jurídico entre a teoria do Direito e a teoria do Estado, ainda segundo BOBBIO, serviu para oferecer uma explicação do difundido antiteleologismo na teoria do Direito. À medida que o Estado moderno assumia o monopólio da produção jurídica, o fenômeno historicamente relevante para compreender o Direito passava a ser a sua transformação em instrumento do poder estatal através da formação do estado-aparato, fenômeno que induzia a concentrar a atenção mais sobre os problemas da organização complexa do instrumento que sobre problemas de ordem axiológica ou sociológica.²⁶

Modernamente, contudo, a complexidade e a rapidez das mudanças que vêm ocorrendo no mundo acabaram por dar um novo rumo a esse enfoque do Direito. O Estado, antes restrito à sua função protetora e repressora, materializada em normas negativas (proibitivas) passou a exercer um papel assistencial e regulador através de sistema de estímulos e subsídios, conferindo às sanções positivas um outro relevo (função promocional do direito).

A função promocional do Direito é entendida, assim, como técnica de encorajamento e desencorajamento no uso das normas. Em um ordenamento predominantemente

²⁴ LAFER, Celso. *Op. cit.*, 56.

²⁵ BOBBIO, Norberto. *Contribución a la teoria del derecho*. Valencia (Espanha): Fernando Torres Editor, 1980, p. 266.

²⁶ BOBBIO, Norberto. *Idem*, p. 267.

repressivo, ao lado das medidas diretas destinadas à obtenção da conformidade com as prescrições normativas, são também adotadas medidas indiretas, com o objetivo de dificultar comportamentos não desejáveis. Percebe BOBBIO, pois, que mesmo num ordenamento repressivo há lugar para medidas não necessariamente punitivas. Avançando em sua análise, observa BOBBIO quando o ordenamento de função repressiva e protetora procura estimular certas condutas, atua sempre de forma negativa, através da técnica do desencorajamento. Já o ordenamento promocional vai mais adiante, visto que neste a técnica é tipicamente positiva, pois o encorajamento de certas condutas necessita de sanções positivas premiais ou de facilitação.²⁷

Essa visão constitui-se num avanço epistemológico, na medida em que, em vez de limitar-se a teoria do Direito ao estudo da sanção negativa e dos conceitos a ela subjacentes (obrigação, delito), é conduzida a uma nova ordem de considerações. A sanção já não mais é encarada apenas como ameaça, mas também como promessa (facilitação, prêmio), invertendo-se inclusive a relação direito/dever.

O deslocamento na teoria da sanção, decorrente do advento do Estado promocional, é perfeitamente condizente com os novos condicionamentos das sociedades tecnocratas da era global, ante a tendência de se conferir maior importância às medidas preventivas do que às repressivas.

Em prefácio à *Teoria do Ordenamento Jurídico* de BOBBIO, aponta FERRAZ JÚNIOR algumas consequências dessas observações para o destino da ciência jurídica na sociedade em transformação, ao considerar o seguinte: a) na tradição do Estado protetor e repressor, o jurista, encarando o Direito como um conjunto de regras dadas como função sancionadora e negativa, tende a assumir o papel de conservador daquelas regras que ele, então, sistematiza e interpreta; b) já na nova situação do Estado promocional, o jurista, encarando o Direito também como um conjunto de regras, mas em vista de uma função implementadora de comportamentos, tende a assumir um papel modificador e criador.²⁸

²⁷ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 376-377.

²⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: 4ª ed., Edunb, 1994, p. 15-16.

Esse novo enfoque da teoria funcional do Direito suscita uma reflexão sobre a perda da função repressiva do Direito em sociedades tecnicamente avançadas. Aponta BOBBIO, nesse contexto, duas tendências: a) o crescente condicionamento do comportamento coletivo através dos meios de comunicação de massa e b) o previsível aumento dos meios de prevenção social sobre os tradicionais meios de repressão. A integração social passa a contar, então, com dois instrumentos de controle: a) a socialização através da busca de adesão a valores estabelecidos e comuns e b) a imposição de comportamentos considerados relevantes para a unidade social com a conseqüente repressão dos desvios, constituindo-se ambos, enfim, o consenso e a força de todas as teorias políticas tradicionais. À medida que aumenta a força dos condicionamentos psicológicos dos meios de consenso, ainda que manipulados, diminui a necessidade de meios coercitivos, ou seja, do próprio Direito.

Nessa mesma direção, o desenvolvimento de um Direito reflexivo, ou seja, de um Direito procedente de negociações, mesas redondas, etc., constitui uma tentativa de encontrar uma nova forma de regulação social, conferindo ao Estado e ao Direito um papel de guia (e não de direção) da sociedade.²⁹

Segundo TEUBNER, o envolvimento do Direito positivo na crise do Estado Social tem provocado um sério “trilema regulatório”: a) a indiferença recíproca entre Direito e sociedade; b) a colonização da sociedade por parte do Direito; e c) a desintegração do Direito por parte da sociedade.³⁰

O primeiro dilema - a indiferença recíproca entre Direito e sociedade - refere-se ao fato de que, em virtude do alto grau de diferenciação atingido no presente, cada sistema social tende a reagir apenas a suas próprias regras. Na medida em que isto vale também para os sistemas jurídicos, o Direito positivo estatal, de um lado, perde tanto o contato, quanto, de outro, autoridade institucional sobre a sociedade, ou seja, o Direito positivo vai se tornando progressivamente incapaz de controlar a sociedade.³¹

²⁹ ROTH, André-Nöel. O direito em crise: fim do Estado moderno. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Op. cit.*, p. 22.

³⁰ TEUBNER, *apud* OLGATI, Vittorio. Direito positivo e ordens sócio-jurídicas: um ‘engate operacional’ para uma sociologia do Direito européia, *Idem*, p. 90.

³¹ TEUBNER. *Apud* OLGATI, Vittorio. *Ibidem*, p. 90

O segundo dilema - a colonização da sociedade por parte do Direito - refere-se ao fato de que, em virtude de sua natureza e dimensão altamente especializadas, o Direito positivo parece tender, no momento, à destruição da autenticidade e identidade das relações básicas que constituem os sistemas sociais, ou seja, o Direito positivo vai se tornando uma ameaça real à sociedade.³²

O terceiro dilema - a desintegração do Direito por parte da sociedade - refere-se ao fato de que, dado o alto grau de mobilidade e mudança social em sistemas sociais como a política e a economia, o Direito positivo parece crescentemente incapaz de definir seu próprio discurso, assim como de desempenhar seus próprios programas específicos em relação a outros sistemas sociais, ou seja, o Direito positivo vai perdendo a capacidade de conferir autoridade e coerência a sua próprio lógica interna.³³

Diante desse quadro, impõe-se, na visão da teoria do Direito reflexivo, o desenvolvimento de uma nova racionalidade jurídica. Para cumprir essa meta, a solução estaria em dotar o direito positivo de uma capacidade reflexiva, capaz de evitar as questões suscitadas pelo trilema regulatório, passando o Direito positivo a ser capaz não só de reconhecer que não pode mais estabelecer autoritariamente as estruturas e funções dos diversos subsistemas sociais, como também que a sua contribuição à complexidade social deve se restringir à generalização das auto-regulações existentes.

Para WILKE, um dos principais promotores do Direito reflexivo, citado por OLGATI em seu estudo sobre a crise do Direito, a complexidade crescente da sociedade impede sua regulação com os instrumentos tradicionais de coação. O Estado e o Direito tradicionais estão inadaptados à evolução social. A complexidade do sistema social é tal que nenhum subsistema particular, seja político, jurídico, moral ou econômico, pode pretender a direção da sociedade, tendo eles adquirido, contudo, frente às instituições centrais de investigação (Estado e Direito), uma relativa autonomia.³⁴

³² TEUBNER, *apud* OLGATI, Vittorio. *Op. cit.*, p. 90.

³³ TEUBNER, *apud* OLGATI, Vittorio. *Op. loc. cit.*

³⁴ WILKE, *apud* ROTH, André-Nöel. *Op. cit.*, p. 23.

Quer WILKE, então, um Estado-Providência não com uma capacidade de direção, mas de guia para a sociedade. Para que o Estado tenha essa capacidade de pilotagem social, necessita de uma via alternativa à pilotagem central (já que falhou o projeto social-democrata) e à auto-regulação do mercado (ante os riscos de tendências centrífugas). Essa nova via seria o Direito reflexivo, baseado não sobre o poder e o dinheiro, mas sobre o saber voltado ao progresso humano, através da inclusão, no processo de tomada de decisões, dos destinatários das normas.

A estrutura jurídica desse Direito assentaria em dois níveis: um de formulação de fins e um outro que permitisse decisões dedutivas e descentralizadas, residindo nesse segundo nível a principal inovação, ao se permitir e facilitar processos de auto-regulação no interior de campos de problemas específicos, como a economia, a ciência e a saúde, desenvolvendo-se dentro desses campos uma racionalidade de procedimentos. O Estado, ante a sua incapacidade para formular e impor soluções para os complexos problemas desses campos, passará a ser um ator como qualquer outro, e somente através de negociação entre os representantes dos interesses afetados é que a solução de que necessitam poderá ser encontrada.³⁵

Com essa evolução, o Direito estatal deixaria de promulgar proibições (direito negativo) para tomar uma forma mais positiva (leis de incitação), passando a teoria do Direito reflexivo a superar a incapacidade atual do Estado de dirigir a sociedade e a legitimar a multiplicação das instâncias negociais entre os atores sociais, incluído o próprio Estado, limitando-se o papel deste, de um lado, a promover incitações não coativas quanto ao conteúdo das regras, e, de outro, a controlar a conformidade dos procedimentos de negociação.³⁶

Percebe-se do que aqui se expôs que a teoria do Direito reflexivo, de certa forma, acaba por estabelecer um ponto de conexão entre o Direito positivo estatal clássico e a teoria funcional do direito, correlacionando o modelo estrutural do Direito com as exigências dos diversos setores da sociedade global.

³⁵ WILKE, *apud* ROTH, André-Nöel. *Op. cit.*, p. 23.

³⁶ WILKE, *apud* ROTH, André-Nöel. *Op. loc. cit.*

As idéias de um direito reflexivo tem plena aplicabilidade no direito tributário. Aliás, há quase vinte anos, já sustentava PIETRO que o poder tributário se fundamenta nos acordos e transações entre as diversas forças políticas em torno da questão de quem deve suportar o financiamento dos gastos públicos, numa clara antevisão de que a tributação não decorre do mero exercício da soberania estatal.³⁷

No caso específico dos preços de transferência, o direito tributário parece estar dando um passo adiante. Em face dos novos ingredientes adicionados pela globalização das relações econômicas, vem sendo inserida nas legislações sobre a matéria a possibilidade de acordos prévios sobre os fatos tributáveis,³⁸ passando a relação jurídica, nesse caso, a ter como fonte não diretamente a lei, mas um contrato firmado entre o Estado e o contribuinte.

Resta saber, entretanto, até que ponto essa tendência de contratualização das relações jurídicas tributárias no plano da tributação das operações internacionais pode afetar o dogma da obrigação tributária como relação jurídica fundada exclusivamente na lei, indagação desarticulada dos propósitos deste trabalho, mas que certamente incitará estudos sobre os desdobramentos desse instigante tema.

Têm-se à mesa, todavia, duas largas vias por onde é possível trilhar pelas sedutoras sendas do direito reflexivo. Uma, a via do tributo como o preço da civilização, na feliz acepção de HOLMES.³⁹ A outra, a via do tributo como odiosa obrigação tendente à redução de lucros. Pavimenta a primeira via as idéias do bem-estar social, financiado pelos recursos recolhidos do patrimônio privado através da tributação. Orna a segunda via as idéias de que não cabe ao patrimônio privado prover as carências da coletividade.

³⁷ PRIETO, Luis Maria Cazorla. *El poder tributario en el estado contemporaneo: un estudio*. Madri: Instituto de Estudios Fiscales, p. 141.

³⁸ OCDE. *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, julho de 1995, Chapter IV, *loc. cit.*. Acordos prévios sobre preços de transferência vêm sendo adotados por vários países membros da OCDE (Estados Unidos, na revisão legislativa de 1997, Canada – 1994, Austrália – 1995, México – 1996, Coréia – 1997 e recentemente a Nova Zelândia). O Reino Unido “poderá introduzir um mecanismo viabilizando o acordo entre as empresas e a Receita Federal quanto à alocação de rendas entre diferentes países em que elas operam como parte de um pacote sobre preços de transferência que entrará em vigor a partir de 1º de Julho de 1999” (*Financial Times*, 17 de março de 1998).

³⁹ *Apud* DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Direito constitucional tributário e due process of law: ensaio sobre o controle judicial da razoabilidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 44. Tradução livre. Texto no original: “Taxes are what we pay for civilized society.”

Quando os Estados modernos moldaram os seus sistemas tributários não só para assegurar as liberdades individuais, como também para a promoção do bem-estar social através de políticas redistributivas, houve a opção pela primeira via.

Quando HAYEK e seu ilustrado séquito, reunidos no conclave de Monte-Pèlerin, propugnaram pelo combate ao solidarismo reinante e o preparo de um outro tipo de capitalismo, duro e livre de regras, restou evidenciada ali a opção pela segunda via, com a caracterização do Estado fiscal como um Estado mínimo, limitado a recolher apenas os tributos necessários às garantias das liberdades individuais.

Das duas opções, uma falhou e a outra está conduzindo o mundo ao abismo: falhou o Estado-Providência pela sua excessiva insistência em ser o piloto exclusivo da sociedade, menosprezando a coexistência de forças fora do campo da regulação estatal, forças que se agigantaram com os processos de globalização econômica; subsistiu a ideologia do capitalismo sem regras, mas à custa de milhares de vidas vividas na mais absoluta miséria e desprovidas das mais elementares exigências de uma existência digna, retrato fidedigno da autofagia do lucro.

Nasce, então, nesse contexto, a idéia de um direito reflexivo como perspectiva factível inclusive no campo da tributação. Abre-se novamente a oportunidade de reiniciar a caminhada. Só que as estradas agora têm mais sofisticação. Têm a iluminação dos avanços tecnológicos deste fim de século e se entrecruzam em pontos de opulenta riqueza. Mas qualquer que seja a escolha, nenhum sistema tributário, ainda que caldeado nas luzes lançadas pelo direito reflexivo, terá qualquer avanço se não tiver como ponto de partida a solidariedade humana.

CONCLUSÕES

1. Com a globalização econômica, a economia passou a ostentar, e a cada dia com mais nitidez, de um lado, uma face real, ainda sob o controle dos Estados nacionais e chamada a contribuir, através dos tributos, para o abastecimento dos cofres públicos; e, de outro lado, uma face virtual, inteiramente globalizada, fora do controle estatal e, conseqüentemente, do alcance das leis tributárias.
2. Do lado da economia real, enquanto as receitas tributárias se concentram nos tributos sobre mercadorias e nos impostos sobre a renda, tendo como base tributária a remuneração dos trabalhadores e os lucros declarados das empresas nacionais, afloram-se, no plano internacional, verdadeiras guerras fiscais, assim chamadas as renúncias fiscais em favor das corporações transnacionais, em atendimento às condições por elas impostas para a instalação de unidades produtivas no território de cada país, fato que se desponta como a mais visível manifestação do poder econômico sobre o poder fiscal.
3. Do lado virtual da economia, caracterizado pela crescente especulação financeira por parte das corporações transnacionais, estas, em interação com o lado real das relações econômicas, operam numa zona cinzenta do direito tributário onde a tributação pode ser facilmente reduzida ao mínimo ou mesmo suprimida, visto que a renda obtida, muitas vezes, não é suscetível de ser medida nem tributada nacionalmente de forma progressiva, de tal modo que a riqueza que aqui vai se formando acaba ficando fora do campo da tributação, acarretando, com isso, uma clara vulneração ao princípio da igualdade tributária.
4. As implicações recíprocas entre essas duas faces da vida econômica acaba repercutindo na moldura dos sistemas tributários nacionais, visto que a concentração de capitais em grandes grupos e a aceleração dos processos de financeirização global redundam, quase sempre, em perdas de bases tributárias sobre os lucros consolidados dos grupos transnacionais, perdas que acabam sendo compensadas pelo aumento líquido de tributos, tanto sobre as empresas isoladas e

sem conexão internacionais, quanto sobre as pessoas formalmente empregadas ou sobre o consumo.

5. Os alicerces do direito tributário dos Estados modernos estão sendo abalados pela crescente financeirização das corporações transnacionais, a qual compreende a dominação financeira através das formas contemporâneas de definir, gerar e realizar riqueza, com uma crescente defasagem entre os valores dos papéis representativos dessa riqueza e os valores dos bens e serviços da face real da economia.
6. Esse novo padrão de riqueza exercita-se no mercado de capitais mundialmente integrado e composto por ações, bônus e títulos financeiros em geral, públicos e privados, representativos da grande massa de riquezas mobiliárias, de dimensão simbólica e desproporcional face à riqueza real e produtiva.
7. Paralelamente à globalização da economia, tem ocorrido uma erosão da soberania fiscal dos Estados nacionais. Mas essa erosão não é uma consequência dos processos de globalização econômica. Ao contrário, os Estados nacionais é que abriram mão de parte de suas soberanias, seja em busca de um poder soberano no plano supranacional, seja pela adesão quase cega ao modelo financeiro global.
8. A experiência internacional sobre o controle fiscal dos preços de transferência no contexto da globalização econômica tem enfrentado sérias dificuldades, tanto na adequação do princípio do preço sem interferência às características da economia global, como no monitoramento das diversificadas operações das corporações transnacionais.
9. A legislação brasileira sobre preços de transferência, embora tenha feito uma adaptação dos métodos internacionalmente adotados, ostenta uma particularidade em relação à experiência internacional sobre esse tema, na medida em que nem a OCDE, nem a legislação doméstica de seus países membros, adotam margem de lucro mínimas, o que conduz à convicção de que a legislação brasileira não adotou, em sua plenitude conceitual, o princípio do preço sem interferência.

10. Embora o Brasil não seja membro da OCDE, as recomendações dessa organização sobre preços de transferência podem e devem servir de valiosos subsídios interpretativos das normas sobre a matéria, na medida em que exprimem uma convergência de opinião das administrações fiscais dos países desenvolvidos.
11. No âmbito do MERCOSUL, embora a tributação da renda não tenha sido mencionada entre os objetivos do Tratado de Assunção, a harmonização da legislação tributária sobre esse item é de fundamental relevância para a integração regional, sobretudo para eliminar as conhecidas disputas entre os Estados-Partes em relação à atração de investimento das corporações transnacionais.
12. As corporações transnacionais têm logrado se esquivar das imposições tributárias sobre os seus preços de transferência através da simbiose entre o comércio global e o livre fluxo de capital, da intercalação de unidades produtivas em paraísos fiscais e da emulação fiscal entre os Estados nacionais.
13. A utilização, pelas corporações transnacionais, do mecanismo de substituição do fluxo de comércio por investimento estrangeiro direto tem importantes contrapartidas financeiras, na medida em que viabiliza, em coordenação com os bancos globais do mesmo grupo, a remessa de lucros para qualquer parte do planeta, através da manipulação dos preços estabelecidos nas mais diversificadas operações financeiras.
14. De outro lado, os bancos globais, agindo em interação com empresas do setor não financeiro pertencentes ao mesmo grupo transnacional, pelos tipos de produtos com que operam e pelo tipo de controle a que estão sujeitos em cada país, acabam tendo maior facilidade do que as empresas do lado real da economia para manipular seus preços de transferência.
15. Têm ainda as corporações transnacionais como opções de elisão fiscal através da manipulação dos preços de transferência a canalização de pagamentos, especialmente dividendos, para as unidades situadas nos paraísos fiscais, com distorções dos valores efetivamente devidos, bem assim a redução dos lucros tributáveis através da alocação de custos relacionados a pesquisas e

desenvolvimento, juros sobre empréstimos ou despesas com seguros para as subsidiárias localizadas em território de baixa ou de nenhuma tributação, igualmente em valores não condizentes com a operação realizada.

16. Utilizam também as corporações transnacionais, como estratégia de elisão fiscal, o seu poder de estimular a competição entre os Estados nacionais em prol de sua preferência no estabelecimento de unidades produtivas em seus territórios, trazendo esse poder como consequência, além da flexibilização das normas tributárias em seu favor, a utilização dos países onde obtém o maior volume de renúncia fiscal como referencial para as transações tendentes à redução da carga tributária, especialmente através da canalização de lucros para as unidades ali localizadas, mediante transferência de bens intangíveis de difícil monitoramento por parte das autoridades fiscais.
17. O comércio global apoia-se no capital financeiro, tornando relativamente fácil, pela mobilidade do capital, a transferência de lucros de um país para outro. Tais transferências são difíceis de serem detectadas, tendo em vista envolver o comércio global, freqüentemente, produtos financeiros de pulsante complexidade e sem referenciais comparativos.
18. Como resultado desse quadro, apresenta o mercado global inúmeros desafios em relação aos princípios da tributação internacional, envolvendo desde questões atinentes à necessidade de saber se as atividades conduzidas em cada país através de agentes afiliados constituem, ou não, estabelecimento permanente, para fins de determinação da renda tributável, até como aplicar os tradicionais métodos de aferição dos preços de transferência entre as unidades coligadas.
19. As adaptações sinalizadas pela OCDE sobre o controle normativo dos preços de transferência diante das circunstâncias factuais decorrentes da globalização econômica, sintetizadas na reformulação dos critérios de identificação do estabelecimento permanente e na análise dos preços de transferência a partir de um grupo de transações similares e não a partir de transações individualmente consideradas constituem, na verdade, a aposição de nova roupagem a velhos princípios da tributação internacional, ao passo que a nova configuração das

relações econômicas estão a exigir a reconstrução de modelos normativos a partir dos novos paradigmas desenhados pela globalização econômica.

20. As imposições tributárias sobre preços de transferência, nos moldes clássicos em que concebidas, encontram-se neutralizadas pela complexidade das operações financeiras realizadas na contextura da globalização econômica, bem assim pelo poder político das corporações transnacionais, representado pela expressiva capacidade de influir na moldagem normativa dos Estados nacionais.
21. Com a erosão da estrutura formal do direito positivo, o seu conteúdo normativo é remetido, cada vez mais, a processos ulteriores de concretização, perdendo as normas jurídicas, assim, as características de abstração e generalidade, dando lugar a normas técnicas e específicas sobre categorias excessivamente particularizantes, numa sintomática crise de governabilidade.
22. Essa crise de governabilidade afeta substancialmente o direito tributário, já que as operações tributárias vestem-se de tal complexidade que a norma tributante já não consegue descrevê-las em todos os seus pormenores, exigindo a complementação de normas particularizadas, com nefastos efeitos sobre a segurança jurídica das empresas, dadas as imponderáveis margens de discricionariedade da administração fiscal na aferição dos fatos imponíveis.
23. Como perspectiva factível diante da fragmentação dos tradicionais princípios da tributação em decorrência da globalização econômica, tem lugar a idéia de um direito reflexivo, procedente de negociações, mesas redondas etc. e assentado no desenvolvimento de uma nova racionalidade jurídica, passando o direito positivo a ser capaz não só de reconhecer que não pode mais estabelecer autoritariamente as estruturas e funções dos diversos subsistemas sociais, como também que a sua contribuição à complexidade social deve se restringir à generalização das auto-regulações existentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. *La TVA europeenne et son evolution par etapes em fonction du processus d'integration au sein de la CEE*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Livre de Bruxelas, ano acadêmico 1992-1993.
- BASSO, Maristela. *Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- BATTERSBY, Mark E. *Transfer pricing: multinationals most taxing concern*. Site: <http://www.area-development.com/DEC9611.HTM>.
- BOBBIO, Norberto. *Contribución a la teoria del derecho*. Valencia (Espanha): Fernando Torres Editor, 1980.
- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: 4ª ed., Edunb, 1994.
- BRASIL. Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, 30 de dez. 1996, Seção 1.
- BRAUMANN, Renato (org.). *O Brasil e a economia global*. Rio de Janeiro: Campus, 1996.
- CAMPOS, Dejalma de (org.) *O sistema tributário e o Mercosul*. São Paulo: LTr, 1998.
- CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- CERVANTES, Miguel de. *O engenhoso fidalgo Dom Quixote de La Mancha*. Vol. 1. Belo Horizonte: Itatiaia, 1983.

COSTA, Carlos Celso Orcesi da. *Obrigação, lançamento e relação jurídica tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

DEE, Nicholas. *Transfer pricing article*. International Tax Plannig Association. Site: <http://www.itpa.org/open/archive/trf/pricingdee.html>.

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE, n. 9. Rio de Janeiro: Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito, agosto-dezembro de 1996.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Direito constitucional tributário e due process of law: ensaio sobre o controle judicial da razoabilidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DORNELLES, Franciso Neves. *A dupla tributação internacional da renda*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1979.

DOWBOR, Ladislau, IANNI, Octavio & RESENDE, Paulo-Edgar A. (org.) *Desafios da globalização*. Petrópolis: Vozes, 1998.

DREIFUSS, René Armand. *A época das perplexidades: mundialização, globalização e planetarização: novos desafios*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

ECONOMIST, The. 31.05.1997. Site: <http://www.economist.com/>.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. 2. ed. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FOLHA DE SÃO PAULO. Dinheiro. 15.07.1998.

_____. Negócios. 31.08.1998.

_____. Opinião. 1º.09.1999.

GAZETA MERCANTIL. Caderno A. 17.10.1996.

HINKELAMMER, Franz J. *Cultura de la speranza y sociedad sin exclusion*. São José (Costa Rica): DEI, 1995.

HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Tradução de Waltensir Dutra. 21. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1986.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento pensamento de Hanna Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor [19--].

LESTER, Eugen E. *International transfer pricing rules: unconventional wisdom*. Site: <http://www.nsulaw.nova.edu/pubs/journal/vol12-1/lesttext.htm>.

LOBOS, Julio. *Pensando global: fatos e dados*. São Paulo: Instituto de Qualidade, 1997.

MARTIN, Hans Peter & SCHUMANN, Harald. *A armadilha da globalização: o assalto à democracia e ao bem-estar social*. Tradução de Waldtraut U. E. Rose e Clara C.W. Sackiewicz. São Paulo: Globo, 1997.

NEIGHBOUR, John. *OECD documents: the taxation of global trading of financial instruments*. Site: <http://www.oecd.org>.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa (coord.). *Estudos tributários*. São Paulo: Resenha Literária, 1974.

NUEVO orden global, *El: dimensiones y perspectivas*. Santafé de Bogotá – Colômbia: Universidad Nacional de Colombia, 1996.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Tax and multinationals*. Site: http://www.oecd.org/daf/fa/tr_price/trasfer.htm.

_____. *The taxation of global trading of financial instruments: a discussion draft*. Site: <http://www.oecd.org>.

_____. *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*. Site: <http://www.oecd.org>.

- PAULSEN, Leandro. *Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- PICCIOTO, Sol. *International business taxation*, George Weidenfield and Nicolson Ltd, London, 1992.
- PRIETO, Luis Maria Cazorla. *El poder tributario en el Estado contemporaneo: un estudio*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1981.
- RAMOS, César (coord.). *La sociedad global: educación, mercado y democracia*. México (DF): Planeta, 1995.
- RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO. n. 23 São Paulo: Oliveira Rocha, agosto de 1997.
- REZEK, J. F. *Direito internacional público. Curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- ROCHA, Valdir de Oliveira (org.). *Tributos e preços de transferência*. São Paulo: Dialética, 1997.
- SADER, Emir & GENTIL, Pablo (org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. 3. ed. [s.l.]: Paz e Terra [199-].
- SOUSA, Cruz e. *Poesias completas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1998.
- SPARKES, Keith. *Advance princing arrangements*. Site: <http://www.trs/jun97/sec020/sam>.
- TAVARES, Maria da Conceição & FIORI, José Luiz. *(Des)ajuste global e modernização conservadora*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.
- _____ (org.). *Poder e dinheiro: uma economia política da globalização*. Petrópolis: Vozes, 1997.

TAX MANAGMENT TRANSFER PRICING SPECIAL REPORT. Washington: Tax Managment Inc, April 22,1998.

THUROW, Lester C. *El futuro del capitalismo*. Barcelona: Ariel, 1996.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito tributário brasileiro: sistemas constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

VOLTAIRE. *Contos e Novelas*. Tradução de Mário Quintana. [Rio de Janeiro]: Tecnoprint, [19--].

WATKINS, Frederick M. & KRAMNICK, Isaac. *A idade da ideologia*. Tradução de Rosa Maria e José Viegas. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil: tributação das operações internacionais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

ZERO HORA. Economia. 14.05.1999.